

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

Essai sur
la Notion d'apparence
en Droit Commercial

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit
de Montpellier

le 19 Février 1959

P A R

Jean CALAIS-AULOY

Lauréat de la Faculté

MM. CABRILLAC, Professeur de droit Commercial.	Président.
Jury : VIALLETON, Professeur de droit civil.	} assesseurs.
J. BECQUÉ, Professeur de droit civil.	

IMPRIMERIE
J. RESCHLY
3, Rue Jardin - Martel, 3
MONTPELLIER

**Essai sur
la Notion d'apparence
en Droit Commercial**

Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

Essai sur
la **Notion d'apparence**
en **Droit Commercial**

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit
de Montpellier

le 19 Février 1959

P A R

Jean CALAIS-AULOY

Lauréat de la Faculté

MM. CABRILLAC, Professeur de droit Commercial.

Président.

Jury : VIALLETON, Professeur de droit civil.

J. BECQUÉ, Professeur de droit civil.

} assesseurs.

IMPRIMERIE
J. RESCHLY
3, Rue Jardin - Martel, 3
MONTPELLIER



UNIVERSITE DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

Doyen : M. LEGAL Alfred

Assesseur : M. DELBEZ Louis

Professeurs : MM. VIALLETON Henri, professeur de droit civil ;
GUENOUN Lucien, professeur de droit romain ;
LEGAL Alfred, professeur de droit criminel ;
DELBEZ Louis, professeur de droit international public ;
TISSET Pierre, professeur d'histoire du droit ;
CABRILLAC Henri, professeur du droit commercial ;
COMBY Jean, professeur d'économie politique ;
COSTE-FLORET Paul, professeur de droit civil, détaché comme membre de l'Assemblée Nationale ;
MILHAU Jules, professeur de sciences économiques, membre du Conseil Economique ;
PEQUIGNOT Georges, professeur de droit public ;
BECQUE Jacques, professeur de droit civil ;
DESMOULIEZ Georges, professeur de droit constitutionnel et de science politique ;
GERVAIS André, professeur de droit public ;
GARISSON Francis, professeur de droit romain.

Professeur à titre personnel : M. DUFOUR Jean, professeur de sciences économiques, détaché à Dakar.

Agrégés : MM. MAURY René, agrégé en sciences économiques ;
CABRILLAC Michel, agrégé de droit privé, détaché à Tunis ;

CASTAGNE André, agrégé de droit public ;
DIDIER Paul, agrégé de droit privé ;
AUSSEL Jean-Marie, agrégé de droit privé, détaché à Tunis.

Chargés de cours : MM. ROMIEU Jean, chargé de cours de sciences économiques ;

BORRICAND Jean, chargé de cours de droit privé ;
GOURON André, chargé de cours de droit romain.
Mlle HOLSTEIN Colette, chargée de cours de droit privé.
M. SOULIE Gérard, chargé de cours de sciences économiques ;
M. GOY Raymond, chargé de cours de droit public.

Assistants : Mme DELMAS Marie, assistante de droit public.

Mlle DERBEZ Simone, assistante de droit public.
M. CALAIS-AULOY Jean, assistant de droit privé.
Mme MAURY Geneviève, assistante à l'I.P.A.
M. VIDAL Jacques, assistant de droit romain ;
M. GOYARD Claude, assistant de droit public ;
M. DUBOIS André, assistant de sciences économiques.

Chargés d'un cours : MM. DIJOL Marcel, chargé d'un cours de droit social ;

DUBERGER Jean, chargé d'un cours d'économie politique ;
POTTIER Pierre, chargé d'un cours d'économies régionales.

Secrétariat : M. BEGON Roger, secrétaire.

Honorariat : MM. BECQUE Emile, doyen honoraire, professeur de droit civil ;

ANTONELLI Etienne, professeur d'économie politique ;
COURTIN René, professeur d'économie politique ;
DUBOIS, secrétaire.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

D (ou DP)	Dalloz, Recueil de jurisprudence (de 1845 à 1954, et à partir de 1945).	
DH	Dalloz hebdomadaire, recueil de jurisprudence	1925 à
DP	Dalloz périodique, recueil de jurisprudence	1940
DA	Dalloz analytique, recueil de jurisprudence	1941 à
DC	Dalloz critique, recueil de jurisprudence	1944
GP	Gazette du Palais	
JCP	Juris-classeur périodique, semaine juridique	
J. des S.	Journal des Sociétés	
RCLJ	Revue critique de législation et de jurisprudence	
RD Civ.	Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de droit civil.	
RD Com.	Encyclopédie juridique Dalloz. Répertoire de droit commercial.	
R. des S.	Revue des sociétés	
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil	
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial.	

PRÉFACE

L'importance de la notion d'apparence dans les relations juridiques nées du commerce a été, certes, déjà relevée par la doctrine contemporaine, mais celle-ci ne lui avait peut-être jamais accordé toute la place qu'elle devait occuper dans les études de droit commercial. En effet, ce droit accepte bien souvent de sacrifier la réalité à l'apparence, d'abord et surtout pour obéir aux exigences et à la sécurité du crédit, mais aussi pour satisfaire à cet impératif de rapidité qui domine la vie commerciale.

M. Calais-Auloy a eu donc d'abord le mérite de traiter un sujet jusqu'ici peu exploré : si l'étude de certaines manifestations de la notion d'apparence a déjà été faite, une synthèse restait encore à édifier, et il faut reconnaître qu'elle était difficile à construire, car le droit commercial a retenu les effets de l'apparence dans les domaines les plus divers, depuis le mandat et d'autres contrats, jusqu'aux effets de commerce et aux sociétés.

M. Calais-Auloy, dans une partie préliminaire de son ouvrage, s'efforce d'assigner un fondement aux rapports issus de l'apparence. Cette étude lui permettra de trouver les idées générales qui animeront sa synthèse. En effet, il est amené à conclure que la théorie de l'apparence est « une des manifestations de l'évolution » qui tend à donner au droit le pas sur l'obligation » que dans l'étude de cette théorie, il faut se placer du côté du droit, et non du côté de l'obligation. C'est précisément la nature du droit créé qui lui donnera la grande division de son ouvrage :

— tantôt ce droit est celui qui résulterait de la réalité, si celle-ci avait été conforme à l'apparence trompeuse : c'est le cas surtout du mandat apparent et des sociétés de fait ;

— tantôt le droit commercial ira plus loin encore dans les effets attribués à l'apparence : celle-ci crée un droit autonome dont la nature ne dérive nullement de la réalité sous-jacente ; il en est ainsi des titres de crédit, et spécialement des effets de commerce.

Cependant, dans les deux séries d'applications, on peut trouver une unité profonde, qui est dégagée dans la conclusion finale : « Il s'agit toujours d'autoriser les tiers à mettre foi dans ce qui apparaît et, par là, les inciter à agir. Dans tous les cas, la légitimité de l'erreur commise par les tiers fonde le droit qui leur est reconnu et met un risque à la charge du créateur de l'apparence ».

Au cours de ses développements, et à propos de chaque application particulière, l'auteur analyse avec une grande pénétration l'élément caché, puis l'élément visible et il accorde enfin une large place à l'élément psychologique qui doit être, en effet, décisif.

Par cette analyse sommaire, nous n'avons pas la prétention d'épuiser la richesse de l'ouvrage, que seule une lecture complète et réfléchie peut révéler. Nous espérons seulement avoir donné le désir de procéder à cette lecture.

M. Calais-Auloy nous paraît apporter comme le type même de ce que doit être, à nos yeux, la recherche scientifique dans les sciences juridiques. Elle consiste d'abord à nous donner le fruit de recherches méthodiques et d'analyses pénétrantes et complètes. Mais elle ne s'arrête pas à ces premières démarches de l'esprit et elle utilise les résultats acquis pour des méditations personnelles et des constructions originales. Par là, un tel ouvrage nous fournit maintes suggestions intéressantes, mais sujets de méditation : il ouvre la voie à des recherches nouvelles.

Cependant, cette étude offre encore un vif intérêt à un autre titre qu'il convient de souligner, et que l'auteur a d'ailleurs indiqué dans sa conclusion, peut-être même avec trop de modestie.

Elle s'insère parfaitement dans le mouvement doctrinal contemporain qui tend à affirmer, et à défendre aussi, l'autonomie du droit commercial. La nécessité d'édifier les constructions propres au droit commercial apparaît chaque jour davantage aux juristes qui se penchent sur ces problèmes. M. Calais-Auloy nous apporte aujourd'hui l'éclatante démonstration que la théorie de l'apparence ne pouvait atteindre sa pleine extension dans le climat du droit civil. Elle ne trouve toute son utilité et tous ses effets que dans les nécessités de la vie commerciale : rapidité et sécurité conjuguées, développement du crédit personnel.

Ainsi, M. Calais-Auloy apporte une pierre nouvelle et importante à l'édifice. La maturité juridique et toutes les qualités dont témoigne son œuvre nous font souhaiter et attendre de lui de nouvelles recherches.

HENRY CABRILLAC,

Professeur

à la Faculté de Droit de Montpellier.

PARTIE PRELIMINAIRE

LE FONDEMENT ET LA PLACE DE LA NOTION D'APPARENCE EN DROIT COMMERCIAL

1 — Le Senatus-consulte Macédonien, interdisant les prêts usuraires consentis à des fils de famille, conférait à ces derniers une exception pour refuser l'exécution de leur obligation. Mais le Digeste¹, citant Ulpien, nous rapporte que cette règle n'était pas appliquée lorsque le fils de famille avait passé aux yeux de tous pour sui juris.

Cet exemple suffit à poser le problème de l'apparence : les tiers peuvent-ils compter sur ce qu'ils ont cru de bonne foi, ou bien risquent-ils de se voir appliquer une réalité qu'ils n'ont pas pu connaître ? Si la logique exige de faire passer la réalité avant l'apparence trompeuse, l'équité ne commande-t-elle pas de sacrifier la première à la seconde ? Le domaine de ce nécessaire sacrifice se confond avec celui de la théorie de l'apparence.

2 — Le droit romain, à côté de l'exemple que nous venons de citer, ne contient que des solutions éparses. La plupart concernent des esclaves qui, passant pour libres, avaient réussi à se faire élire prêteur², désigner arbitre³ ou nommer témoin⁴⁻⁵. Mais il serait vain de chercher en droit romain une théorie générale de l'apparence. Deux raisons ont contribué à la rendre inutile :

— D'une part, les rapports sanctionnés par le « jus civile » sont en général doués d'une assez grande stabilité pour laisser aux contractants le temps de déceler la réalité cachée sous les apparences trompeuses. La réalité ne perd donc ses droits que dans

1. Dig. 14.6.3. in princ. « Si quis patrem familiam esse credidit non vana simplicitate nec juris ignorantia, sed quia publice parter-familias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus-consultum ».

2. Dig. 1, 14,3 Loi Barbarius Philippus.

3. Code. 7, 45.2.

4. Code. 6.23.1.

5. La question est controversée de savoir si le droit romain admettait la validité des actes de l'héritier apparent.

les cas extrêmes où sa recherche est impossible. C'est pour la même raison, nous le verrons¹, que la théorie de l'apparence ne reçoit pas en droit civil l'application généralisée qu'elle reçoit en droit commercial.

— D'autre part, le formalisme des droits antiques aboutit au même résultat que la théorie de l'apparence² et, souvent, rend celle-ci inutile. Les tiers sont renseignés sur la naissance d'une obligation par les « verba », les « litteræ » ou la « res » qui en sont l'origine ; ils le sont sur le transfert de propriété par la « mancipatio », l'« in jure cessio » ou la « traditio ». La forme est la « causa » de l'engagement qu'elle revêt ; à ce titre, elle constitue la réalité. Mais elle en est aussi, à l'égard des tiers, la représentation. Ainsi est assurée la nécessaire conformité entre l'apparence et la réalité, ainsi est supprimée l'erreur susceptible de donner lieu à l'application des règles de l'apparence.

3. — Pour les mêmes raisons, notre ancien droit n'a pas connu d'application généralisée de la théorie de l'apparence. Un souci de systématisation se manifeste cependant dans l'apparition de l'adage « error communis facit jus », dont l'origine est obscure, mais qu'on trouve cité par Accurse en différents endroits de sa glose³. L'erreur crée le droit lorsqu'elle est partagée par tout le monde, c'est-à-dire lorsqu'elle est insurmontable. Cette rigueur dans l'appréciation de l'erreur est de nature à limiter l'application de l'adage à quelques cas exceptionnels.

Cependant, dès le XV^{me} siècle⁴, se faisait jour une application originale de l'apparence : les commerçants découvraient l'endossement de la lettre de change. Encore que personne n'invoque expressément la théorie de l'apparence, n'est-ce pas elle, sous une forme originale, que l'on consacre lorsque l'on permet au tiers porteur d'ignorer les vices qui n'apparaissent pas à la lecture du titre ? Le formalisme renaît, mais son but n'est plus de créer une obligation, il est de rendre légitime l'erreur commise sur la foi.

1. Voir nos 15 et 16.

2. Le formalisme des droits antiques ne se confond pourtant pas avec la théorie de l'apparence, car il n'a pas pour but de protéger une erreur légitime. Voir nos 32 et 227.

3. A propos des legs supellectiles, le Digeste rapporte qu'en vertu de l'usage des Empereurs, un chandelier argenté doit être considéré comme un chandelier en argent s'il a été inscrit comme tel ; le texte se termine par ces mots : « et error jus facit (Dig. 33-10-3-5 ff) ». Accurse explique en ces termes : « Et sic error principis facit jus... Sed quomodo solius principis error facit jus? Responsum est quia et alii debent sequi quod ipse facit... et sic error communis facit jus ». Commentant, d'autre part, la loi Barbarius Philippus (Dig. 1.14.3), Accurse explique, la raison, qui a fait considérer l'esclave comme un véritable prêteur : ce n'est pas parce qu'il en recevait le salaire, « hic autem est plus, scilicet communis error, qui facit jus ».

4. L'endossement le plus ancien paraît remonter à 1430. Voir un article de Lapeyre, aux Ann. hist. écon. sociétés, 1958, p. 260-264.

Ainsi sont satisfaits les besoins nouveaux de sécurité dynamique, apparus avec la renaissance du commerce européen. Le développement des titres de crédit confère à l'apparence un rôle nouveau, celui de créer un droit autonome, totalement séparé de la réalité représentée.

Mais les besoins toujours plus pressants de la vie des affaires devaient provoquer, au cours du XIX^{me} et du XX^{me} siècle, un épanouissement de la théorie de l'apparence dans son acception classique¹. Pour susciter l'activité juridique, la jurisprudence² n'a pas hésité, dans de nombreuses hypothèses, à faire passer l'apparence avant la réalité : ainsi notamment s'est développée la théorie des sociétés de fait³ de même que celle du mandat apparent. Les solutions jurisprudentielles en sont venues à dépasser le cadre étroit de l'adage « *error communis facit jus* ». Ce n'est plus seulement l'erreur collective et, dès lors, invincible qui est protégée ; c'est aussi l'erreur de la personne qui, pressée par la rapidité des transactions, n'a pas eu le temps de procéder aux investigations nécessaires⁴.

De cette façon est née la forme classique de la théorie de l'apparence, celle de l'apparence substituée à la réalité⁵.

4 — De cet aperçu historique ressort l'importance accordée par le droit commercial à la théorie de l'apparence⁶. C'est ce droit qui, de façon générale, a permis aux tiers de s'en tenir à ce qu'ils ont vu, et d'ignorer ce qu'ils n'ont pas eu le temps de rechercher. Deux inséparables besoins sont ainsi satisfaits :

— D'une part celui de crédit, car la sécurité conférée par la théorie de l'apparence, sécurité dynamique⁷, pousse le plus grand nombre de personnes à agir.

— D'autre part celui de rapidité, car les investigations sont réduites à ce qui se voit d'un premier coup d'œil.

1. Une partie de la doctrine, attachée à la rigidité traditionnelle des normes juridiques, eut beaucoup de répugnance à admettre se rôle créateur de l'erreur. Ainsi, Laurent écrivait, en 1893 (*Principes du droit civil*, XIII, n° 281) : « Le droit est l'expression de la vie éternelle ; comment l'erreur pourrait-elle jamais être assimilée à la vérité ? ».

2. Nous verrons que la jurisprudence répugne à invoquer expressément la théorie de l'apparence et qu'elle préfère s'appuyer sur des principes plus généraux, comme celui de la responsabilité civile.

3. Sur les rapports de cette théorie et celle de l'apparence, voir n°s 129 et 130.

4. Sur la distinction entre les notions d'erreur invincible et d'erreur légitime, voir n°s 15 et s., 25.

5. Plusieurs auteurs ont procédé à des synthèses des solutions jurisprudentielles : Ionesco. Les effets juridiques de l'apparence en droit privé. Strasbourg, 1928. — Laurent. L'apparence dans le domaine des qualifications juridiques. Caen, 1931. — Giraut. L'apparence, source de responsabilité. Paris, 1937. — Barbier. L'apparence en droit civil et en droit fiscal. Paris, 1945.

6 V. notamment : Ripert. *Traité de droit commercial*, n° 68.

7 Sur la notion de sécurité dynamique, voir n°s 12 et 24.

Le droit civil, qui généralement ne connaît pas les mêmes besoins, a conservé à l'apparence le rôle épars qu'elle avait en droit romain : les tiers ne peuvent s'en tenir à elle que dans l'hypothèse où la recherche de la réalité est pratiquement impossible. L'application la plus notable concerne le maintien des actes passés pas l'héritier apparent¹. Dans cette hypothèse et les rares hypothèses analogues, l'adage « *error communis...* » conserve toute sa rigueur².

Il est toutefois un domaine dans lequel le droit civil s'est trouvé devant les mêmes nécessités que le droit commercial : c'est celui des meubles corporels. Pour favoriser la circulation de ces biens, il a fallu accorder une sécurité à l'acquéreur, d'où l'apparition, au XVII^{me} ou au XVIII^{me}³, de la règle « en fait de meubles, possession vaut titre » (art. 2279 c. civ.), règle qui consacre l'idée d'apparence, puisqu'elle protège l'erreur légitime commise par le tiers qui a cru acquérir du véritable propriétaire⁴.

La règle de l'art. 2279 étant exclue de notre propos, puisqu'elle ressort du droit civil, il nous reste à montrer comment le droit commercial a généralisé l'application des règles de l'apparence. Après avoir cherché le fondement du rapport issu de l'apparence, nous marquerons la place qu'occupe cette théorie dans le droit commercial.

SECTION I. — FONDEMENT DU RAPPORT ISSU DE L'APPARENCE

5 — Les règles de l'apparence ne s'imposent pas comme une évidence. Permettre aux tiers de considérer ce qui paraît être comme si cela était véritablement ne constituerait une solution pleinement satisfaisante que si les tiers étaient les seules personnes intéressées par la situation apparente. Or, il n'en est rien :

1. Civ. 26 janvier 1897 (D. 1900, p. 33, note Charmont). Req. 20 mai 1935 (DP. 35-1-97, rapp. Pilon, note Capitant). Soc. 21 oct. 1955 (B. Cass., 1955, IV, n° 754).

Adde : Req. 6 janvier 1930 (D. 31.1.43, note J.-Ch. Laurent. RCLJ. 31.460, obs. Vialleton) ; dans ce dernier arrêt, l'erreur commune est appréciée largement.

2. Voir, à propos de la propriété apparente : Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, n°s 1402 et s. A propos du créancier apparent : Mazeaud, *op. cit.*, n° 833.30. On peut citer aussi la possession d'état et le mariage putatif, qui se rattachent dans une certaine mesure à l'idée d'apparence.

3. Les premiers à citer cette règle sont : Bourjon, en 1747 (le droit commun de la France), et Valin, en 1756 (commentaire de la coutume de La Rochelle).

4. L'inclusion des transactions mobilières dans le droit civil est artificielle et ne peut s'expliquer que par des considérations historiques. Comme le marquent Ripert et Boulanger (I, n° 3409), la règle de l'art. 2279 est une règle commerciale de circulation des biens.

l'application des règles de l'apparence aboutit véritablement à sacrifier les intérêts de certaines personnes en mettant à leur charge une obligation qu'elles ne devraient pas assumer si l'on tenait compte, strictement, de la réalité. Comment, dès lors, justifier ce rapport créé en dehors de tout contrat ?

La doctrine et la jurisprudence françaises ont tendance à justifier les règles de l'apparence par la nécessité de mettre une obligation à la charge de la personne qui, peu ou prou, a contribué à créer la situation trompeuse. Cette tendance n'est pas sans rapport avec une conception statique du droit, qui est celle de la doctrine civiliste classique : l'application de l'apparence, puisqu'elle aboutit à léser les intérêts d'un véritable titulaire, d'un « *beatus possidens* », doit être strictement limitée à l'hypothèse dans laquelle cette personne a mérité que ses intérêts fussent sacrifiés : dans cette conception, c'est par conséquent du côté seul de l'obligation qu'il faut se placer pour découvrir le fondement du rapport issu de l'apparence.

Cette conception doit être corrigée, car elle ignore délibérément l'autre face de la théorie de l'apparence : le droit créé en faveur du tiers trompé. C'est en justifiant successivement l'obligation, puis le droit, issus de l'apparence que nous trouverons le fondement de la théorie qui nous occupe.

PARAGRAPHE 1. — FONDEMENT DE L'OBLIGATION ISSUE DE L'APPARENCE

Après avoir exposé et rejeté les explications qui tendent à fonder les règles de l'apparence sur la seule considération du sujet passif, nous montrerons comment la notion de risque permet de comprendre l'obligation issue de l'apparence.

A. — *Les fondements à rejeter : la simulation et la faute.*

La conception personnaliste classique explique l'ensemble des règles de l'apparence en fondant sur des principes plus généraux l'obligation mise à la charge de la personne qui est à l'origine de la situation trompeuse. Deux théories¹ ont été principalement émises, que nous critiquerons tour à tour.

a) *L'obligation issue de l'apparence ne se fonde pas sur une simulation.*

6 — On pourrait être tenté de fonder les règles de l'apparence sur l'art 1321 c. civ., en vertu duquel les tiers peuvent igno-

1. Nous étudions ici les théories qui prétendent découvrir un fondement à la généralité des solutions dictées par l'apparence. D'autres théories ont été émises à propos de telle ou telle application particulière de la théorie de l'apparence ; nous étudierons ces diverses théories avec les hypothèses auxquelles elles ont trait.

rer les contre-lettres et se prévaloir de l'acte simulé. Ionesco¹, après avoir constaté que l'apparence et la simulation produisent les mêmes effets, en conclut que la sanction de l'art. 1321 peut être étendue à toutes les hypothèses d'apparence.

Mais, dans cette conception, il faut encore assigner un fondement à la règle posée par l'art. 1321, ce fondement se trouvant par voie indirecte être celui de la théorie de l'apparence. Pour les uns, il s'agirait d'une application particulière des règles de la responsabilité civile, la simulation constituant une faute. Pour d'autres², les effets de la simulation correspondraient à une peine civile frappant le mensonge et l'intention de tromper. Pour d'autres enfin³, l'art. 1321 s'expliquerait par l'adage « *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* », la contre-lettre ne pouvant aboutir à nuire aux tiers.

7 — Quelle que soit la valeur de ces explications appliquées à la seule simulation, il est impossible de les généraliser pour les appliquer à tous les cas d'apparence. Si l'on parle d'une faute ou d'une peine, comment expliquer la responsabilité de la personne qui, n'ayant commis aucune simulation, est engagée par l'apparence, par exemple l'associé membre d'une société nulle mais apparemment régulière ? Si l'on invoque l'effet relatif des conventions, comment justifier les conséquences de l'apparence, lorsque la réalité n'est pas cachée dans une contre-lettre, mais en raison d'une difficulté matérielle d'investigation, à propos par exemple des rapports sous-jacents aux rapports cambiaires ?

L'opinion qui nous occupe ne peut donc être suivie dans la mesure où elle tend à faire de l'apparence une hypothèse particulière de simulation. C'est l'inverse qui est vrai : la solution de l'art. 1321, loin de constituer le cas général, est au contraire une application particulière faite par le législateur des règles de l'apparence⁴. Le texte en question ne peut donc en aucune façon servir de fondement aux solutions que nous dégagerons.

8 — Mais l'art. 1321, s'il ne peut être invoqué à titre d'explication générale, a cependant le mérite d'apporter, dans une hypothèse particulière, une consécration législative à la théorie de l'apparence : les tiers de bonne foi peuvent s'en tenir à l'acte simulé et ignorer l'acte caché. Si, en droit civil, les besoins de sécurité statique commandent de limiter strictement cette solution à l'hypothèse de la simulation et à quelques rares hypothèses, il n'en va pas de même en droit commercial, la sécurité dynamique

1. Les effets juridiques de l'apparence en droit privé. Thèse, Strasbourg, 1927, p. 120 et s.

2. Rousseau. La notion de simulation. Thèse Paris, 1937, p. 33 et s.

3. Ionesco, op. cit., p. 119.

4 A. Weill. La relativité des conventions en droit privé français. Paris, 1939, n° 347.

y passe avant la sécurité statique¹, et les tiers qui ont contracté sur la foi d'une situation apparente doivent être protégés non seulement lorsque cette situation résulte d'une simulation, mais encore lorsqu'elle est indépendante de l'intention des parties.

Nous pourrions, tout au long de ces développements, constater que les règles dictées par l'apparence ne dépendent pas de l'origine de cette apparence. Ainsi, les associés apparents sont tenus de la même façon que la société soit fictive par suite d'une simulation ou qu'elle soit nulle en dehors de toute simulation. Ainsi encore, les signataires d'un effet de commerce sont obligés selon le droit du change tout autant dans le cas où ils ignorent l'absence d'un rapport extra-cambialaire que dans celui où cette absence résulte de leur simulation (fausse mention inscrite sur le titre, par exemple).

b) *L'obligation issue de l'apparence ne se fonde pas sur une faute.*

9 — Le plus souvent, l'obligation issue de l'apparence est expliquée par une idée de faute² : créer une situation trompeuse constituerait une faute dont devrait réparation la personne qui est à l'origine de cette situation, et la meilleure réparation consisterait précisément à donner pleine efficacité à la situation apparente.

Cette conception a été soutenue par certains auteurs³, mais elle doit sa fortune à la jurisprudence. La notion de faute se retrouve comme un leitmotiv dans toutes sortes de décisions relatives à l'apparence. Ainsi, nous verrons que le mandant est engagé par les actes excessifs de son mandataire lorsque celui-là a commis la faute de ne pas publier les pouvoirs de celui-ci⁴; que (avant les décrets de 1953) les actes accomplis par un gérant libre de fonds de commerce engagent le propriétaire lorsque celui-ci a, par négligence, omis de publier la location-gérance⁵, que l'insertion dans la raison sociale du nom d'une personne qui n'est pas associée constitue une faute dont la réparation consiste à tenir l'associé apparent pour indéfiniment responsable des dettes sociales⁶; que les asso-

1. Voir nos 12 et 24.

2. Dans ces conceptions, on serait en faute non seulement d'avoir simulé, mais encore d'avoir créé non intentionnellement une apparence trompeuse.

3. A propos du mandat apparent : Planiol et Ripert, X, n° 1500. — De l'héritier apparent : Jozon, article à la Rev. prat. du Dr. français, 1862. — De la signature apparente : Savatier, note au DP. 1922.1.01. De la capacité apparente. Nast, note au DP. 1934.2.97. Cf. Le titre significatif de la thèse de Giraut, Paris 1937 : l'apparence source de responsabilité. V. aussi la conception soutenue par Lévy (RCLJ. 1899, 341, et RTD Civ. 1910, 717). Pour cet auteur, la faute consisterait à tromper la confiance légitime qu'a chaque individu dans la régularité de son acte.

4. Voir n° 98.

5. Voir n° 64.

6. Voir n° 191.

ciés doivent réparation de la faute consistant à avoir formé une société nulle, douée d'une régularité apparente ¹.

Opérant une synthèse de ces décisions dispersées, on peut affirmer que la jurisprudence s'oriente vers une apparence trompeuse constituant une faute au sens de l'art. 1382 c. civ. Logiques avec elles-mêmes, ces décisions sont amenées à exiger que la faute ait été génératrice d'un dommage : pour cette raison, la personne fautive ne doit aucune réparation aux tiers qui ont connu la situation véritable, car ces tiers n'ont pas pu subir de dommage du fait de l'apparence. L'exigence de la bonne foi n'est pas autre chose que celle du lien de causalité entre la faute et le dommage.

10 — Cette conception, qui aboutit à faire de la théorie de l'apparence, une branche de celle de la responsabilité civile, a pour elle le mérite de la simplicité et de la clarté. Mais elle doit être écartée, car, parfaitement valable dans certains cas, elle ne saurait recouvrir toutes les hypothèses d'apparence. Il existe des situations trompeuses qui ne résultent d'aucune faute et qui cependant donnent lieu à l'application des règles de l'apparence. Ainsi, une personne n'est pas nécessairement en faute si une autre paraît être son mandataire, et pourtant la première est, en droit commercial, généralement tenue par les actes de la seconde ². Ainsi encore, une société nulle peut revêtir une apparence de régularité sans aucune faute de la part de certains associés. Ainsi surtout, il est impossible de relever une faute à la charge de la personne qui signe un effet de commerce dont la fausseté n'est pas apparente. Du moment qu'elle ne recouvre pas la totalité des hypothèses dans lesquelles une obligation résulte d'une situation trompeuse, l'idée de faute devrait être abandonnée ³.

Il y a plus. Dans le cas où la faute peut être admise, la jurisprudence, nous l'avons dit, ramène l'exigence de la bonne foi à celle du lien de causalité entre la faute et le dommage. Or, une telle assimilation procède d'une analyse trop sommaire. Si l'on fonde sur l'art. 1382 l'obligation issue de l'apparence, on ne peut aboutir exactement, concernant la bonne foi des tiers, aux solutions dictées par la théorie autonome de l'apparence. Cela pour deux raisons :

— D'une part, une personne peut avoir ignoré la situation réelle (donc être de bonne foi) sans pour cela avoir subi un dommage du fait de la situation apparente. Une telle personne, qui devrait être privée de tout recours selon l'art. 1382, bénéficiera cependant de l'apparence. Par exemple, un tiers qui a contracté de bonne foi avec un mandataire apparent peut agir contre le faux mandant sans

1. Voir n^{os} 142 et s.

2. Req. 21 mars 1910 (D. 12.1.285, concl. Feuilletoy).

Req. 14 déc. 1931 (DP., 32.1.391).

Req. 4 et 11 mai 1936 (JCPE. 31.II.777).

3. En ce sens : Ripert et Boulanger (à propos de l'héritier apparent), III, n^o 2312.

avoir à prouver l'insolvabilité du faux mandataire. Cette solution ne peut pas s'expliquer par l'exigence d'un lien de causalité ; il faut donc recourir à l'idée de bonne foi, spécifique de l'apparence ¹.

— D'autre part, dans le cas même où l'exigence de la bonne foi se confond avec celle du lien de causalité, une différence se fait jour dans le régime de la preuve : alors que la bonne foi se présume, le lien de causalité doit être établi par le demandeur, c'est-à-dire par le tiers victime de l'apparence : or, la jurisprudence admet en général que cette victime peut obtenir réparation tant que son adversaire n'a pas prouvé qu'elle connaissait la situation véritable. C'est là créer une présomption que n'implique nullement l'art. 1382 et qui dérive seulement de l'idée de bonne foi.

En définitive, l'explication fondée sur l'art. 1382 doit être rejetée puisque d'une part elle ne recouvre pas la généralité des hypothèses, et que, d'autre part, dans les hypothèses qu'elle pourrait recouvrir, elle se concilie mal avec les solutions dictées par l'apparence. La jurisprudence, répugnant à appliquer une théorie qui n'est pas dans les textes, a préféré s'appuyer sur la base solide de l'art. 1382. Ce faisant, elle a complètement dénaturé la notion de faute car, pour une pure satisfaction verbale, elle n'a pas hésité à qualifier de fautifs des actes ou des abstentions qui ne l'étaient certainement pas ². Poussée à ce point, la notion de faute rejoint celle de risque, qui constitue pour nous le véritable fondement de l'obligation issue de l'apparence.

B. — *Le Fondement adopté : le risque de l'apparence.*

11 — Les conceptions que nous avons jusqu'ici étudiées voulaient, en expliquant l'obligation issue de l'apparence, trouver un fondement à l'ensemble de la théorie. Nous pensons que ce point de vue est erroné : l'explication d'une obligation ne saurait à elle seule fonder l'existence d'un lien de droit ; il faut aussi expliquer le droit corrélatif à cette obligation, ce que nous ferons au paragraphe suivant ³. En montrant dès maintenant pourquoi une personne est engagée, nous n'entendons pas, par conséquent, établir le fondement des règles de l'apparence, mais seulement celui de l'obligation issue de l'apparence.

A notre avis, la personne qui est à l'origine de la situation apparente est tenue parce qu'elle a couru un risque en participant à la vie des affaires. Cette personne n'a pas nécessairement simulé, elle n'a pas nécessairement commis une faute. Elle est cependant

1. Voir n° 20.

2. Laurent. L'apparence dans le problème des qualifications juridiques, Thèse, Paris, n° 4 : « Il est patent qu'en (certaines) hypothèses la notion de faute n'intervient que pour légaliser une décision qui, sans expédient, n'aurait pas pu s'imposer ».

3. Voir n°s 14 et s.

engagée. C'est donc qu'elle a couru un risque, celui de provoquer par son activité une apparence trompeuse, et que ce risque s'est réalisé¹. Ce fondement est susceptible d'expliquer l'ensemble des solutions dictées en droit commercial par la théorie de l'apparence. Ainsi, le propriétaire qui donne son fonds de commerce en location-gérance court le risque de tromper les tiers sur la qualité véritable de son gérant ; la personne qui donne à un mandataire pouvoir de la représenter court le risque de tromper les tiers sur l'étendue exacte des pouvoirs de ce mandataire ; les personnes qui s'associent courent le risque de tromper les tiers sur l'existence ou la régularité de la société ; la personne qui participe au droit du change en signant un effet de commerce court le risque de tromper les tiers sur l'existence et la régularité de son engagement.

12 — Sans doute, l'existence d'un tel risque porte atteinte à une certaine sorte de sécurité juridique, puisque personne n'est jamais certain d'être engagé dans la stricte limite de sa volonté. Mais cette sécurité sacrifiée est celle que Demogue² qualifie de « statique » ; c'est celle de la personne qui a déjà agi et qui se trouve titulaire d'un droit ; c'est celle de la fortune assise, du droit acquis, de la « beata possessio ». Si, en droit civil, une telle sécurité statique ne mérite d'être sacrifiée que dans les hypothèses tout à fait exceptionnelles, il n'en va pas de même en droit commercial dans lequel elle est primée par la sécurité dynamique. Le droit commercial, qui est celui de la fortune en mouvement, suscite en effet l'acte juridique en accordant une sécurité à celui qui l'accomplit ; celui-ci sera poussé à agir s'il sait que, certaines apparences se présentant, tout se passera pour lui comme si elles étaient conformes à la réalité. Le risque mis à la charge du créateur de l'apparence sacrifie en définitive la personne qui a déjà agi à celle qui est sur le point d'agir. Le droit commercial, droit cruel, a plus besoin de celle-ci que de celle-là³.

Ces explications permettent de préciser la notion de risque appliquée à l'apparence. Il ne s'agit pas du risque tel qu'il est connu dans la théorie de la responsabilité civile, car il ne s'agit

1. Cette idée de risque avait été aperçue, dès le début du siècle, par MM. Morin (la sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime « error communis... »). Ann. Fac. Aix, 1906, 1), et Crémieu (de la validité des actes accomplis par l'héritier apparent. RTD Civ., 1910, 39). C'est Demogue qui a définitivement montré le rapport entre ce risque et la sécurité dynamique (les notions fondamentales, p. 78 et note 2). Voir aussi A. Weill. La relativité des conventions en droit privé français, Paris, 1939, n^{os} 310 et 348.

2. Les notions fondamentales, p. 72 et s.

3. Accorder une sécurité dynamique ne favorise l'activité juridique qu'en raison de la courte vue de la majorité des hommes. Ceux-ci sont généralement (et heureusement) trop imprévoyants pour se rendre compte qu'après avoir agi ils assumeront le risque de l'apparence et seront donc privés de sécurité statique.

pas ici de réparer un dommage¹. Celui-ci passe au second plan ; ce qui compte, c'est l'apparence créée. Le sujet passif n'est pas engagé parce qu'il a causé un dommage à autrui, il n'est pas responsable civilement. Il est engagé parce que son activité a suscité une apparence trompeuse ; il est engagé dans la mesure de cette apparence et non dans la mesure du dommage qui en est éventuellement résulté. Le tiers, sujet actif, n'a par conséquent à prouver que l'existence d'un élément visible contraire à la réalité pour lui de l'activité de son adversaire.

13 — Deux catégories seulement de personnes sont exclues du risque de l'apparence et peuvent donc repousser l'action dirigée contre elle par les tiers de bonne foi :

— Il s'agit d'une part des personnes qui sont absolument étrangères à la création de l'apparence, solution conforme aux idées que nous venons de développer, puisqu'on peut considérer que ces personnes n'ont couru aucun risque. Nous verrons² par exemple que les créanciers d'une société ne peuvent pas agir contre la personne dont le nom figure abusivement sur la raison sociale si cette personne est étrangère à l'abus fait de son nom. Nous verrons³ aussi que le signataire apparent d'un effet de commerce n'est pas engagé envers le porteur légitime lorsque sa signature a été imitée, par un fausaire. Pour être soumis au risque de l'apparence, il faut avoir volontairement participé à la vie des affaires.

— Le droit commercial s'est d'autre part départi de sa cruauté au profit des incapables : il résulte de solutions dispersées mais à peu près constantes, que les incapables n'assument pas le risque de l'apparence⁴. En ce qui concerne les sociétés jouissant d'une régularité apparente, les créanciers sociaux peuvent agir contre tous les associés apparents, sauf contre les incapables⁵. En matière d'effet de commerce, le signataire incapable n'est pas tenu envers le porteur de bonne foi⁶. Ces solutions ne heurtent pas de front les besoins de sécurité dynamique, car les tiers auraient pu en général connaître sans trop de difficulté le vice d'incapacité, en se renseignant sur l'identité de leur débiteur. L'apparence est en quelque sorte moins déterminante et cela permet d'assurer la protection intégrale des incapables.

1. On ne peut donc, à notre avis, repousser l'idée de risque en faisant valoir que notre droit est peu favorable à une responsabilité sans faute, car il ne s'agit pas d'une responsabilité. Cf. Derrida, loc. cit., n° 20.

2. Voir n° 191.

3. Voir n° 296.

4. Cette solution montre bien que le risque n'est pas ici source de responsabilité, car on ne comprendrait pas alors pourquoi l'incapable n'est pas engagé.

5. Voir n° 149.

6. Voir n° 315.

Le défendeur, en admettant qu'il ait par son activité suscité une apparence trompeuse et en admettant qu'il soit capable, n'a plus qu'un seul moyen pour échapper à l'obligation issue de l'apparence : prouver la mauvaise foi du tiers demandeur. Mais, ce faisant, il montre que ce tiers ne mérite pas le bénéfice de l'apparence, il se place donc du côté du droit issu de l'apparence, droit dont nous allons maintenant rechercher le fondement.

PARAGRAPHE 2. — FONDEMENT DU DROIT ISSU DE L'APPRECE

14 — On ne peut se contenter, dans la recherche du fondement des règles de l'apparence, d'expliquer l'obligation qui en est issue ; si, en effet, un risque est mis à la charge de certaines personnes, c'est parce que d'autres personnes ont mérité d'être titulaires d'un droit corrélatif. C'est ce droit qu'il nous faut maintenant justifier.

La technique de l'apparence a pour but de permettre à certaines personnes d'être titulaires d'un droit parce qu'elles ont cru l'être réellement. A la base d'une telle solution il y a donc une erreur. Tout le monde est d'accord là-dessus mais l'unanimité n'est pas faite pour savoir en vertu de quel principe l'erreur est génératrice de droit. Certains se réfèrent au vieil adage « *error communis facit jus* », d'autres à la notion de bonne foi. Nous montrerons que ces conceptions doivent être corrigées et qu'il faut admettre en droit commercial une notion d'erreur légitime propre à la théorie de l'apparence.

A. — *Les fondements à rejeter : error communis et bonne foi.*

Cherchant comment une erreur pouvait créer un droit au profit de sa victime, certains auteurs ont été amenés à rattacher cette solution à des principes plus généraux, selon un processus que nous avons déjà rencontré en étudiant la théorie de la simulation et celle de la faute. Les uns, mettant l'accent sur l'aspect collectif de l'erreur, invoquent l'adage « *error communis facit jus* ». Les autres considèrent surtout l'aspect individuel de l'erreur pour parler du rôle créateur de la bonne foi. Nous chercherons successivement ce qui, dans chacune de ces théories, doit être rejeté.

a) *Le droit issu de l'apparence ne se fonde pas sur l'error communis.*

15 — Certains auteurs¹ considèrent les règles de l'apparence comme une application particulière de la maxime « *error communis facit jus* » et la jurisprudence², dans les hypothèses où il lui est

1. Planiol et Ripert, III, n° 245. — Ripert et Boulanger, I, n° 2739 et III, n° 2312. — Derrida, v° Apparence au RD Civil, n° 26.

2. Paris, 12 juillet 1905 (D. 07.2.140). — Lyon, 22 juin 1906 (S. 07.2.234). — Paris, 29 mars 1958 (D. 58.J.679).

impossible de relever une faute à la charge du créateur de l'apparence, ne répugne pas à invoquer le vieil adage. Mais cette opinion, soutenue généralement en droit civil, doit être repoussée en droit commercial, car l'élargissement du domaine de l'apparence fait déborder celle-ci du cadre de l'adage.

Cet adage a en effet un sens très précis¹ : l'erreur crée le droit dans la mesure seulement où elle est commune. Le critère était à l'origine objectif : il s'agissait de savoir si l'erreur avait été partagée par l'ensemble du public. Avec l'affinement des idées juridiques, on a substitué à ce critère objectif un critère subjectif, celui de l'invincibilité : il faut que la personne induite en erreur « n'ait pu ni la prévoir ni l'empêcher »². Les deux sortes de critères se ramènent à une même idée, la réalité ne perdant ses droits que dans les hypothèses où les tiers n'ont strictement aucun moyen de connaître la réalité. Sans doute, la question de l'invincibilité est une question de fait, la jurisprudence ayant toujours repoussé la théorie du « titre coloré »³, d'après laquelle l'erreur ne serait invincible que si elle s'appuyait sur un acte d'autorité. Mais, dans le cas où elle résulte de circonstances de fait, l'erreur doit être invincible pour créer le droit selon l'adage.

Une telle rigueur dans la qualification de l'erreur est peut-être conciliable avec les rares applications de la théorie de l'apparence connues par le droit civil. Ainsi, les tiers n'ont pratiquement aucun moyen de connaître l'absence de droit de l'héritier apparent⁴ ; les actes de ce dernier peuvent être maintenus en vertu de l'adage qui nous occupe. A ce point, les concepts d'apparence et de réalité sont bien près de se confondre. Une réalité que personne ne peut découvrir ne cesse-t-elle pas d'être une réalité ? Une apparence dont personne ne peut déceler la fausseté ne cesse-t-elle pas d'être une apparence pour devenir la réalité même⁵ ?

16 — Mais l'adage « error communis facit jus » ne peut pas servir de fondement aux applications que fait le droit commercial de la théorie de l'apparence, car, dans ce droit, l'erreur

1. Wahl. La maxime « error communis... » RTD Civ. 1908. 125. — H. Mazeaud. La maxime « error communis... » RTD Cic. 1924.129. — Rouast. Cours de droit civil approfondi. Doctorat, 1953-54.

2. H. Mazeaud, loc. cit. Il faut, dit un arrêt de la Cour de Cassation du 3 juillet 1877 (D.77.I.470) « qu'aucune prudence humaine n'ait pu l'en prémunir ».

3. Merlin, rép. v° Témoins test. par. 2, n° 3.

4. L'impossibilité n'est évidemment jamais absolue, et l'appréciation de l'erreur est question des nuances. Voir, par exemple, un arrêt dans lequel les tiers auraient pu connaître le défaut de droit de l'héritier apparent : Req., 6 janvier 1930 (D.31.1.43, note J.-Ch. Laurent. RCLJ, 31.460, obs. Vialleton).

5. Cette idée est mise en lumière par la formule même de l'adage : « facit jus ». Cf. E. Lévy : « ce qui est le droit, c'est ce que nous croyons être le droit ». (Cité par H. Mazeaud, loc. cit.).

n'est pas nécessairement invincible. Nous constaterons que, dans la plupart des hypothèses, les tiers bénéficiaires de l'apparence auraient pu, en procédant à certaines investigations, connaître la réalité. On ne peut pas parler d'erreur invincible lorsque celle-ci porte sur l'existence ou sur la régularité d'une société dont la fictivité ou l'irrégularité aurait pu être décelée par un examen attentif des statuts ou par des renseignements approfondis sur la personne des associés. On ne peut pas parler d'erreur invincible à propos du tiers qui contracte avec un mandataire apparent, alors qu'il aurait pu se renseigner auprès du faux mandant sur la réalité des pouvoirs de son contractant. L'erreur n'est pas invincible en matière d'effets de commerce, car le porteur peut toujours procéder à des investigations extérieures pour déceler l'absence de rapports sous-jacents. Comment surtout parler d'erreur invincible dans les cas extrêmes où la jurisprudence considère que les tiers peuvent ignorer une limitation de pouvoir qui, pourtant, a été régulièrement publiée¹ ?

Cette différence dans la qualification de l'erreur entraîne le corollaire suivant : alors que, pour l'application de l'adage la condition de bonne foi est inutile, cette condition est indispensable à l'application de la théorie de l'apparence. L'erreur, en effet, si elle est commune ou invincible, est par définition partagée par tout le monde ; cela n'aurait donc aucun sens d'exiger que le tiers considéré se soit effectivement trompé, car il n'a pas pu ne pas se tromper. Dans la théorie de l'apparence, en revanche, l'erreur n'est pas invincible : il faut donc exiger que le tiers, pour être titulaire du droit issu de l'apparence, se soit effectivement trompé, car il aurait très bien pu ne pas se laisser leurrer. C'est ce que l'on exprime en disant que le tiers doit être de bonne foi pour bénéficier de l'apparence.

Il est donc impossible de fonder en droit commercial les règles de l'apparence sur l'adage « *error communis facit jus* », si l'on conserve à cet adage toute sa rigueur². On pourrait, il est vrai, songer à atténuer les conditions d'existence de l'*error communis*, en se contentant d'une erreur légitime, sans exiger l'erreur invincible. On rejoindrait alors la véritable conception de l'apparence : celle que nous exposerons plus loin³. Mais on modifierait du même coup le sens traditionnel de l'adage. Cette démarche intellectuelle pourrait à la rigueur se justifier s'il s'agissait d'une règle légale, la théorie de l'apparence étant admise en vertu d'un raisonnement par analogie ; mais une telle modification est bien

1. Voir n° 35.

2. En ce sens : H. Mazeaud (loc. cit.), Rouast (op. cit.). Les auteurs constatent avec raison que la théorie de l'apparence est plus large que l'adage « *error communis...* ». Celui-ci ne peut donc, en aucune façon, servir de fondement à celle-là.

3. Voir nos 19 et s.

inutile si l'on considère l'adage pour ce qu'il est réellement, c'est-à-dire un simple argument de raison, une synthèse de solutions dispersées et non une règle obligatoire¹. Il est en vain de vouloir à tout prix expliquer en latin une solution commandée par les besoins modernes de la vie des affaires.

b) *Le droit issu de l'apparence ne se fonde pas sur la bonne foi.*

17 — Du moment que, dans la théorie de l'apparence, l'erreur créatrice de droit n'est pas nécessairement invincible, il importe que les tiers, pour bénéficier de l'apparence, se soient effectivement laissés tromper par elle, il importe que ces tiers soient de bonne foi. On pourrait être tenté de rapprocher cette hypothèse d'autres hypothèses où la naissance d'un droit est subordonnée à l'existence de la bonne foi et d'en conclure que celle-ci a généralement un effet créateur. La théorie de l'apparence ne serait alors qu'une application particulière de l'effet créateur reconnu à la bonne foi.

Il faut encore, dans cette conception, préciser la notion de bonne foi pour expliquer comment elle peut créer un droit. La plupart des auteurs² qui se sont penchés sur ce problème ont marqué la polymorphie de cette notion. Assignée comme fondement au droit issu de l'apparence, la bonne foi prend un sens bien précis : elle désigne une croyance erronée. Un droit est créé au profit d'une personne parce que celle-ci s'est trompée. Cette solution déborderait le cadre strict de la théorie de l'apparence puisqu'elle s'appliquerait aussi à la possession de bonne foi ou au mariage putatif.

Lévy³ a présenté sous une forme différente une théorie qui, au fond, est analogue. Pour cet auteur, les droits sont des croyances. Chaque individu doit avoir une confiance légitime en la régularité de son activité. Si une personne voit sa confiance légitime trompée⁴, elle peut cependant exercer les droits sur lesquels elle comptait. Ici encore, c'est la croyance erronée qui est créatrice de droit.

1. On a quelquefois invoqué un arrêt du Conseil d'Etat, en date du 2 juillet 1807, qui aurait conféré force obligatoire à l'adage « error communis... » On peut répondre que celui-ci figure dans les motifs et non dans le dispositif. Wahl, note au S., 1907.1.403. Laurent, op. cit., n° 4.

2. Breton. Les effets civils de la bonne foi. RCLJ., 1926.86. — Lyon-Caen. De l'évolution de la notion de bonne foi. RTD Civ., 1946.75. — Vouin. La bonne foi. Thèse Bordeaux, 1939. En faveur, au contraire, de l'unité de la notion : Gorphe. Le principe de la bonne foi. Thèse Paris, 1928. — Volansky. Essai d'une définition expressive du droit basé sur l'idée de bonne foi. Thèse, Paris, 1929.

3. Articles de la RCLJ. 1899.161, RTD Civ., 1924.59.

4. Le fait de tromper la confiance légitime constituée, dans cette conception, une faute qui justifie l'obligation issue de l'apparence.

18 — Ces conceptions ont le mérite de montrer le rôle important joué par l'erreur individuelle dans la théorie de l'apparence. Mais il est excessif de considérer cette bonne foi comme l'explication suffisante du droit issu de l'apparence. Pas plus dans la théorie qui nous occupe que dans les autres hypothèses où elle est exigée, la bonne foi n'est le fondement d'un droit. Comme le montre M. Vouin¹ « la bonne foi ne suffit pas à couvrir en principe l'inexistence juridique ou la nullité d'une situation ou d'un acte » ; elle peut être nécessaire ; elle n'est jamais suffisante.

En vertu de la théorie de l'apparence, un droit est créé au profit de la personne qui s'est trompée. Mais cela ne veut pas dire que de toute erreur résultera un droit. Il faut encore que cette erreur tire sa légitimité de l'existence d'un élément visible différent de la réalité cachée. C'est donc la bonne foi qui devient efficace en s'appuyant sur l'apparence et non l'apparence en s'appuyant sur la bonne foi².

On pourrait, évidemment, accorder les mots avec les idées en définissant la bonne foi comme l'erreur légitime résultant d'une apparence³. Entendue en ce sens, la bonne foi serait bien le fondement du droit de la personne trompée. Mais une telle précision terminologique augmenterait la confusion, déjà grande, qui règne à propos de la théorie de la bonne foi, puisqu'elle aboutirait à donner à cette expression un sens supplémentaire, différent des acceptions usuelles. Aux solutions nouvelles mieux vaut appliquer des mots nouveaux.

Dans la suite de nos développements, nous emploierons donc l'expression « bonne foi » dans son sens habituel. Elle constitue l'élément psychologique de la théorie de l'apparence ; elle est, en tant que telle, nécessaire à la création du droit issu de l'apparence. Mais, ne suffisant pas à créer ce droit, elle ne peut en être le fondement.

B. — *Le fondement à adopter ; la légitimité de l'erreur issue de l'apparence.*

19 — Le droit issu de l'apparence, pas plus que l'obligation corrélatrice, ne peut s'expliquer par référence à des théories plus générales. Les besoins de sécurité dynamique propres au droit commercial ont exigé de créer un droit au profit de la personne qui a été trompée par l'apparence. L'explication de

1. Op. cit., n° 239.

2. Vouin, loc. cit.

3. Dans le même ordre d'idée, on pourrait ramener la notion de bonne foi à celle d'error communis en donnant à la première, dans certains cas, le sens d'une erreur collective (V. Lyon-Caen, loc. cit.). Assignée en ce sens comme fondement à la théorie de l'apparence, la bonne foi encourt les mêmes reproches que l'adage « error communis... »

ce droit, il ne faut donc pas la chercher plus loin que dans l'erreur légitime commise sur la foi des apparences. Erreur d'une part, légitimité de cette erreur d'autre part, constituent le fondement du droit créé par l'apparence.

a) *L'erreur.*

20 — Pour se prévaloir de l'apparence, il faut d'abord avoir commis une erreur, il faut avoir cru que la situation apparente était une situation véritable. Cette erreur, prise en elle-même, en dehors de toute question de légitimité, se ramène à la notion courante de bonne foi.

Ce sont les besoins de sécurité dynamique qui ont conféré à l'erreur cette force singulière de créer un droit. Comme nous l'avons dit¹, le droit commercial suscite l'activité en accordant la sécurité dynamique : on est poussé à agir si l'on sait que, même trompé sur la nature ou la validité de l'acte accompli, on pourra retirer de cet acte tous les bénéfices que l'on escompte. En face d'un droit qui n'existe qu'en apparence, puisqu'il résulte d'un acte inexistant ou nul, l'erreur commise est véritablement créatrice. Le risque mis à la charge de l'auteur de l'apparence a pour but d'assurer la sécurité de la personne qui a agi sur la foi de cette apparence et qui a été trompée par elle².

Cette erreur, cette bonne foi, doit par conséquent s'apprécier au moment de l'accomplissement de l'acte. C'est à ce moment que le tiers fait foi aux apparences et qu'il peut légitimement compter sur elles. Une personne, par exemple, qui a contracté avec une société apparente doit, pour conserver le bénéfice de son acte, s'être trompée au moment du contrat ; elle doit, à ce moment avoir cru traiter avec une société existante et régulière. Il importe peu que, postérieurement à l'acte, l'erreur disparaisse ; la connaissance de la réalité intervient alors trop tard pour empêcher le tiers de bénéficier de l'apparence, puisqu'il a contracté sous l'empire de l'erreur. De cette façon les tiers n'hésiteront pas à agir dès lors qu'ils se savent de bonne foi lors du contrat.

21 — Le rôle déterminant de l'erreur dans le droit issu de l'apparence n'est pas unanimement admis. Selon certaines conceptions³, l'apparence irait plus loin encore, elle aboutirait à

1. Voir n° 12.

2. Cf. Vialleton (à propos de l'héritier apparent. Obs. à la RCLJ., 1931.460). « Il faut pour la nécessité du commerce juridique dispenser celui qui est en face d'une situation apparemment acquise et justifiée d'avoir à se poser plus de question que Hamlet monologuant dans la galerie d'Elseneur ».

3. Ces conceptions peuvent se rattacher à celles qui, pour la fraude paulienne, exigent l'intention de nuire aux créanciers. Cf. Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé, n° 191. En matière d'apparence, elles ont surtout été soutenues lorsque l'élément visible résulte de la forme (voir n° 331) ou de la publicité (voir n° 95).

créer un droit même au profit de la personne qui n'a pas commis d'erreur. Seule serait privée du bénéfice de l'apparence la personne qui, en agissant, avait pour but de porter préjudice au véritable titulaire, l'application des règles de l'apparence se heurtant alors à l'adage « *fraus omnia corrumpit* ».

Un exemple permettra de saisir la différence pratique entre les deux conceptions. Supposons qu'une personne contracte avec un mandataire apparent. Dans la conception de l'erreur que nous soutenons, le faux mandant sera engagé, en vertu de l'apparence dans la mesure seulement où la personne en question croyait contracter avec un mandataire. Dans la conception, en revanche, qui dénie le rôle de l'erreur, le faux mandant serait engagé même envers la personne qui aurait connu la réalité cachée sous l'apparence du mandat ; les seules personnes envers qui le faux mandant pourrait se dégager seraient dans cette seconde conception celles qui, en contractant avec son mandataire apparent, avaient l'intention de porter préjudice au mandant apparent.

Cette conception objective de l'apparence est difficilement conciliable avec les idées personnalistes qui dominent le droit français. Nous consentons à admettre que, pour les besoins de la vie des affaires, l'apparence l'emporte sur la réalité, mais nous exigeons, pour cela, que l'apparence ait été génératrice d'erreur dans la personne de celui qui a agi. La simple extériorisation ne nous suffit pas ; il faut encore qu'elle se soit reflétée dans l'esprit de celui qui l'invoque. Si, dans les droits de type germanique ou anglo-saxon, il est possible d'admettre que l'apparence ait une efficacité analogue à celle de la forme dans les droits antiques, une telle solution nous paraît inconciliable avec l'esprit du droit français.

Aussi, comme nous le verrons, la jurisprudence exige dans la grande majorité des hypothèses la bonne foi de la personne qui se prévaut de l'apparence. Mais les conceptions objectives étrangères n'ont pas laissé d'exercer une influence sur notre droit commercial, puisque la bonne foi nécessaire au porteur d'un effet de commerce est intermédiaire entre la conception française de l'erreur et celle anglo-saxonne de la fraude¹.

22 — L'apparence ne crée donc un droit que par l'intermédiaire de l'erreur qu'elle suscite. De ce rôle déterminant de l'erreur résultent deux conséquences, que nous retrouverons à propos de chacune des applications de la théorie de l'apparence :

— D'une part, certaines personnes ne sont pas admises à bénéficier de l'apparence, pour la bonne raison qu'elles ne peuvent pas avoir été trompées par elle. Ces personnes sont les parties à l'acte créateur d'apparence. Nous verrons par exemple que les sociétés apparentes ne peuvent avoir d'effet entre les

1. Voir n° 337.

associés¹, ou encore que le sujet passif du rapport cambiaire peut opposer au porteur de l'effet les exceptions qui lui sont personnelles². L'apparence ne se conçoit pas entre parties, elle n'a d'effet qu'à l'égard des tiers, car eux seuls peuvent s'être laissés leurrer.

— D'autre part, l'apparence crée un droit au profit des tiers, mais ne saurait mettre une obligation à leur charge³. Il s'agit en effet de protéger une erreur et par là d'accorder une sécurité. Il ne s'agit pas de conférer nécessairement à l'apparence l'efficacité de la réalité. S'ils y ont intérêt, par conséquent, les tiers peuvent écarter l'élément visible pour s'en tenir à la réalité cachée. Cette solution admise traditionnellement en matière de simulation, doit à notre avis recevoir une application générale, comme nous le montrerons notamment à propos de l'option accordée aux tiers en matière de société apparente⁴.

b) *La légitimité de l'erreur.*

23 — L'erreur n'est créatrice de droit que parce qu'elle tire sa légitimité de l'apparence⁵. Si, en effet, la réalité est cachée sous un élément visible différent, il est permis aux tiers de se tromper, il leur est permis de prendre l'apparence pour la réalité. La seule notion d'erreur ne suffit donc pas à expliquer le droit issu de l'apparence, il faut encore marquer la légitimité de cette erreur.

De cette légitimité découle le caractère autonome de la notion d'erreur dans la théorie de l'apparence. Dans les autres hypothèses qui font appel à l'erreur, celle-ci n'est pas créatrice de droit, car elle n'est pas nécessairement légitime. C'est ainsi que la personne dont le consentement a été vicié par une erreur ne peut qu'obtenir l'annulation de son engagement. C'est ainsi encore que la bonne foi en matière de possession immobilière⁶ permet seulement d'acquérir les fruits et d'abréger les délais d'acquisition de la propriété. En matière d'apparence, l'erreur va plus loin, puisqu'elle permet de considérer ce qu'on a cru être comme si cela était véritablement ; cette solution est possible parce que l'apparence rend l'erreur légitime.

1. Voir n° 159.

2. Voir n° 244.

3. Ou encore — ce qui revient au même — l'apparence ne saurait créer un droit au profit de son auteur. Cf. Weill, *La relativité des conventions en droit privé français*, Paris, 1939, n° 350. — Adde : Josseland, *Chr. au DH.*, 32-51, in fine (à propos du mariage apparent).

4. Voir n° 163.

5. Voirin, note au DP., 29.2.81 : « La théorie de l'apparence n'est pas une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis, mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime ». — Laurent, *op. cit.*, n°s 113 et s.

6. La possession immobilière, contrairement à la possession mobilière, ne crée pas une apparence suffisante de propriété pour légitimer l'erreur commise.

24 — Le rôle créateur de la légitimité de l'erreur s'explique par la conciliation des deux besoins dont nous avons parlé¹ et dont l'opposition a été montrée par Demogue² : sécurité statique d'une part, sécurité dynamique d'autre part. Sécurité d'une part de la personne qui a déjà agi et qui veut compter sur ce qui est réellement son droit. Sécurité d'autre part de la personne qui est en train d'agir et qui veut compter sur ce qu'elle croit être son droit.

Il est impossible de sacrifier absolument l'une des deux sécurités à l'autre³, il faut donc trouver un point de conciliation. Mais ce point varie suivant l'esprit qui anime le droit. Le droit civil, celui de la fortune stable, trouve la conciliation dans l'invincibilité de l'erreur⁴. Le droit commercial, celui de la fortune en mouvement, donne la préférence à la sécurité dynamique en trouvant la conciliation dans la simple légitimité de l'erreur.

Nous avons montré, en effet, que l'erreur communis, si elle pouvait s'appliquer aux solutions dictées par l'apparence en droit civil, était trop étroite lorsque cette théorie intéresse le droit commercial. La personne qui traite avec un héritier apparent n'a presque aucun moyen de connaître le défaut de droit de son co-contractant. La personne, en revanche, qui traite avec un mandataire commercial apparent, pourrait, moyennant certaines investigations, déceler l'absence de mandat. En droit civil, la sécurité statique a la plus large place, puisqu'elle est sacrifiée seulement dans les hypothèses où cela est absolument indispensable, personne ne pouvant se prémunir contre l'erreur. En droit commercial, la sécurité dynamique est plus favorisée, puisque l'erreur est protégée même si elle n'est pas invincible, pourvu seulement qu'elle soit légitime. Ainsi sont satisfaits à la fois les besoins de circulation (puisque personne n'hésitera à devenir acquéreur) et ceux de rapidité (puisque personne ne sera soumis à procéder à de longues investigations).

25 — En fait, les solutions n'ont pas la rigidité que nous leur avons donnée pour les besoins du raisonnement. On passe en effet insensiblement de la légitimité à l'invincibilité, et la jurisprudence se laisse guider par des raisons d'espèce pour apprécier si l'erreur issue de l'apparence peut, ou non, être créatrice de droit. Il n'en demeure pas moins que la tendance est

1. Voir n° 12.

2. Notions fondamentales, p. 61 et s.

3. Sacrifier la sécurité dynamique à la sécurité statique empêcherait les biens de circuler faute de personnes qui consentiraient à en devenir acquéreurs. Sacrifier la sécurité statique à la sécurité dynamique rendrait anarchiques les relations entre individus, puisque les droits reposeraient strictement sur des croyances.

4. Mazeaud, Leçons de droit civil, II, n° 1406.

très nette, en droit commercial, d'apprécier l'erreur de façon beaucoup moins rigoureuse qu'en droit civil, où règne encore l'adage « *error communis facit jus* ».

La qualité de l'erreur s'apprécie d'après les éléments matériels sur lesquels elle repose et qui constituent l'apparence objective. Si l'on exige l'invincibilité, on définit l'apparence de façon très stricte : celle-ci doit être de nature à tromper l'individu le plus avisé. Si l'on se contente de la légitimité, on est plus large dans la définition de l'apparence et on y fait entrer des manifestations extérieures propres seulement à tromper une personne moyennement diligente. Comme l'invincibilité, la légitimité de l'erreur suppose un élément visible différent de la réalité cachée ; la différence réside dans le caractère plus ou moins déterminant de ce défaut de concordance.

PARAGRAPHE 3. — CONCLUSION

26 — Risque du côté de l'obligation, erreur légitime du côté du droit constituent donc les fondements du rapport créé par l'apparence. Ce rapport trouve difficilement place dans la traditionnelle classification des sources des obligations en contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit et loi. Qu'il nous suffise de constater l'existence, à côté du contrat, d'un ensemble de rapports dont l'origine est extra-contractuelle et parmi lesquels nous rangeons celui créé par l'apparence.

Ces rapports extra-contractuels n'ont pas tous la même raison profonde :

— Tantôt, il s'agit de mettre une obligation à la charge d'une personne qui le mérite, le droit corrélatif passant au second plan. Ainsi en est-il des rares hypothèses de peine privée que nous connaissons encore.

— Tantôt, droit et obligation sont sur le même plan, car la création du rapport juridique a pour but aussi bien de punir que de récompenser. Tel est le système de la responsabilité fondée sur la faute, ainsi que celui des quasi-contrats. Aux yeux de la doctrine classique, ces solutions sont les seules qui satisfassent l'équité et la logique.

— Tantôt, enfin, c'est le droit qui est primordial, car le rapport n'est créé que dans le but d'accorder un bénéfice à une personne qui le mérite. Dans cette dernière catégorie, nous rangeons à la fois (mais sans les confondre¹) la responsabilité fondée sur le risque et le rapport issu de l'apparence.

La théorie de l'apparence est donc une des manifestations de l'évolution qui tend à donner au droit le pas sur l'obligation².

1. Sur la distinction entre ces deux catégories de risque, voir n° 12, in princ.

2. Cf. ce qui est dit par Starck, à propos de la responsabilité sans faute, ou « théorie de la garantie », dans *RTD Civ.*, 1958.475. n° 21.

Des deux fondements, c'est l'erreur légitime qui passe au premier plan. Le risque n'existe qu'en considération de cette erreur légitime, car il s'agit d'inciter les individus à agir en leur permettant de croire aux apparences¹.

27 — Il en résulte que, pour étudier la théorie de l'apparence, nous devons nous placer du côté du droit et non du côté de l'obligation. Nous devons, dans chaque application que le droit commercial fait de cette théorie, chercher l'erreur légitime qui fonde le droit reconnu aux tiers. Erreur, c'est-à-dire élément psychologique. Légitimité de l'erreur c'est-à-dire élément matériel constitutif de l'apparence.

Mais l'existence de cet élément matériel a pour conséquence de faire présumer l'erreur : du moment que le tiers demandeur a établi l'existence d'un élément visible différent de la réalité cachée ce tiers est présumé avoir été trompé. C'est donc à la personne qui assume le risque de l'apparence de prouver que son adversaire n'est pas tombé dans l'erreur. Posée, à propos de la possession, par l'art. 2.268 c. civ., la présomption de bonne foi doit être étendue à toutes les hypothèses d'apparence.

En définitive, dans les conditions nécessaires à l'application des règles de l'apparence, l'élément psychologique est précédé par l'élément matériel ; ce dernier se subdivise en élément caché, qui est la réalité, et en élément visible, qui est l'extériorisation différente de cette réalité. Élément caché, élément visible et élément psychologique se retrouveront dans chacune des applications de l'apparence.

SECTION 2. — PLACE DE LA THEORIE DE L'APPARENCE DANS LE DROIT COMMERCIAL

28 — L'étude du fondement nous a montré que le droit commercial réservait une place de choix à la théorie de l'apparence, puisqu'il se contente de l'erreur légitime commise par les tiers. Il nous reste maintenant à préciser l'originalité de cette conception, en étudiant le rôle de la théorie de l'apparence en droit commercial ; nous devons ensuite délimiter le problème en excluant de cette théorie certaines solutions dont l'explication est ailleurs.

PARAGRAPHE 1. — ROLE DE LA THEORIE DE L'APPARENCE EN DROIT COMMERCIAL

C'est la qualification de l'erreur qui fait l'originalité de la théorie de l'apparence en droit commercial : il suffit que cette erreur soit légitime. En montrant comment cette légitimité est

1. La théorie de la responsabilité fondée sur le risque incite aussi les individus à agir, mais en assurant la réparation du dommage qu'ils pourraient subir.

appréciée, nous marquerons l'importance du rôle assigné par le droit commercial aux règles de l'apparence. Cela résulte à la fois d'une multiplication des extériorisations et d'une dispense d'investigation.

A. — *La multiplication des extériorisations.*

Le droit commercial a multiplié les extériorisations d'où peut résulter l'application de la théorie de l'apparence. Le droit civil, qui apprécie très strictement l'erreur source de droit, exige des extériorisations qui rendent impossible toute recherche de la réalité. Le droit commercial se contente d'extériorisations beaucoup moins déterminantes et considère l'erreur comme légitime par cela seul qu'elle s'appuie sur un élément visible de nature à tromper un homme moyen. Cette idée s'applique aussi bien aux extériorisations matérielles qu'aux extériorisations légales.

a) *Multiplication des extériorisations matérielles.*

29 — Les extériorisations matérielles sont celles qui ne résultent pas de la loi, mais de la nature des choses. Toute activité se manifeste aux yeux des tiers par les gestes matériels qui sont nécessaires à son accomplissement. Normalement, l'extériorisation matérielle correspond à la réalité de l'acte accompli ; c'est dans le cas exceptionnel où cette correspondance n'existe pas¹ que la théorie de l'apparence trouve à s'appliquer : les tiers de bonne foi peuvent s'en tenir à l'extériorisation et ignorer la réalité qu'elle cache.

Le droit commercial, en se contentant d'une erreur légitime, a multiplié le nombre des extériorisations matérielles qui entraînent l'application de la théorie de l'apparence. Ainsi, le droit civil n'admet le mandat apparent que dans l'hypothèse où, la révocation étant demeurée inconnue des tiers, le mandataire a continué aux yeux de ceux-ci d'agir comme par le passé (art. 2.005 c. civ.) ; en droit commercial, le mandat apparent voit son domaine élargi : les tiers de bonne foi peuvent agir contre le faux mandant chaque fois qu'ils ont traité avec une personne dont le comportement était semblable à celui d'un mandataire². Dans le domaine des sociétés, les règles de l'apparence s'appliquent, même en l'absence de fausse publicité ; pourvu seulement que certaines personnes aient déployé une activité conforme à celle d'associés, une telle activité trompeuse permet aux tiers soit de considérer la société apparente comme une personne morale véritable³, soit d'agir contre les personnes qui se sont données l'allure d'associés en nom⁴.

1. Ce défaut de concordance peut résulter d'une simulation ; mais il peut aussi être indépendant de la volonté des parties.

2. Voir nos 78 et s.

3. Voir nos 189 et s.

4. Voir nos 156 et s.

30 — Mais la multiplication des extériorisations matérielles résulte surtout du rôle joué par les usages commerciaux dans la théorie de l'apparence. L'erreur est légitime si elle consiste dans une induction opérée par les tiers sur la foi des usages. Ceux-ci délimitent, par exemple, dans chaque profession, les pouvoirs des mandataires commerciaux ; les tiers sont en droit de compter sur les usages, et par conséquent l'acte accompli par le mandataire au-delà des pouvoirs contractuels, mais en deçà des pouvoirs usuels, engage le mandant si les autres conditions de la théorie de l'apparence sont réunies¹. Ainsi encore, une personne prend l'apparence d'un mandataire si elle accomplit régulièrement des actes rangés par les usages dans la catégorie de ceux accomplis par un mandataire de la même profession².

Ce rôle des usages est spécifique du droit commercial. L'extériorisation en arrive, dans une certaine mesure à être prévue, puisque les tiers peuvent compter, a priori, sur l'existence et sur la régularité d'une situation en raison de sa conformité avec les usages. Une telle extériorisation ne peut se concevoir en droit civil, où l'élément visible doit s'apprécier espèce par espèce, les règles usuelles n'étant pas assez déterminantes pour légitimer l'erreur commise sur leur foi.

b) Multiplication des extériorisations légales.

31 — L'apparence est entièrement prévue à l'avance lorsqu'elle repose sur une extériorisation légale : le législateur emploie deux procédés pour porter l'acte juridique à la connaissance des tiers : la publicité et le formalisme. Ces procédés, remarquons-le, ont pour but d'éviter le recours à la théorie de l'apparence, car un système de vérification et de sanctions préventives permet que l'extériorisation soit le plus souvent conforme à la réalité représentée. Mais ce résultat n'est pas toujours atteint, et le défaut de conformité entre l'acte juridique et sa représentation légale entraîne l'application des règles de l'apparence, car le législateur, en prévoyant l'extériorisation, crée la légitimité de l'erreur commise sur la foi de celle-ci. La multiplication des exigences formalistes et de celles de publicité aboutit donc à étendre le domaine de la théorie de l'apparence.

On a pu dire³ que formalisme et publicité conciliaient les besoins de sécurité dynamique avec ceux de sécurité statique : le titulaire véritable peut, comme les tiers, compter sur la régularité du droit qui est extériorisé légalement. Ainsi, le signataire d'un effet de commerce sait qu'il est tenu dans les termes du titre qu'il a signé, de même le tiers porteur qu'il peut exercer un recours contre tous les signataires du titre qu'il a dans les mains.

1. Voir nos 116 et s.

2. Voir n° 79.

3. Demogue. *Notions fondamentales*, p. 74 et 76.

Mais il ne faut pas perdre de vue que ces procédés d'extériorisation ont été créés seulement dans un but de sécurité dynamique ; ils ne sont pas rendus nécessaires par la protection du véritable titulaire, mais par celle de l'acquéreur du droit. Leur mérite consiste à assurer la seconde tout en ménageant la première.

32 — Le droit civil n'ignore pas les extériorisations légales. Il fait notamment une large place à la publicité à propos des transactions immobilières. Mais ces procédés sont multipliés par le droit commercial. C'est ainsi que la publicité permet aux tiers de connaître la qualité du commerçant, l'existence et la vie des sociétés, celles des fonds de commerce, etc... Surtout, le formalisme a été poussé à un point tel qu'on a pu parler d'un retour aux solutions des droits antiques ; nous verrons notamment que, dans le droit du change, ce sont les mentions littérales du titre qui créent le droit.

Le formalisme du droit commercial se distingue pourtant de celui des droits antiques par son rôle, qui est de renseigner les tiers et non de servir de « causa » à l'engagement de la personne qui l'emploie¹. A cet égard, il n'y a aucune différence entre le formalisme commercial et les mesures de publicité.

Mais, pour atteindre le même but, le législateur peut employer des procédés différents. Ou bien les tiers sont renseignés par une extériorisation indépendante de l'acte accompli ; il s'agit alors d'une mesure de publicité, comme par exemple l'inscription au registre du commerce ou l'insertion dans un journal d'annonces légales. Ou bien les tiers sont mis au courant par l'acte accompli, qui comporte en lui-même sa propre extériorisation légale ; ce formalisme au sens strict se retrouve par exemple dans l'emploi de la raison sociale² et surtout dans le droit du change³.

La connaissance de la forme est beaucoup plus facile que celle de la publicité, puisque la première résulte de la simple lecture de l'acte accompli, alors que la seconde nécessite des démarches supplémentaires, comme la consultation du registre du commerce ou celle des journaux d'annonces légales. C'est donc surtout par la multiplication des exigences formalistes que le droit commercial étend le domaine de l'apparence. La forme suffit, lorsqu'elle n'est pas conforme à la réalité, à constituer l'élément visible créateur de droit au profit des tiers de bonne foi. Dans le droit du change, la forme va même plus loin, puisqu'elle crée un droit autonome : il s'agit alors d'une catégorie d'apparence

1. Voir n° 227. Les quelques actes formalistes que connaît le droit civil se rapprochent plus de cette conception que de celle du droit commercial.

2. Voir nos 110 et 190.

3. Voir la 2^e partie.

qui est spécifique du droit commercial et qui fera l'objet de la seconde partie de cette étude.

Le législateur, lorsqu'il prévoit l'extériorisation, crée la légitimité de l'erreur commise sur la foi de la publicité ou de la forme trompeuses, et, par voie de conséquence, donne aux règles de l'apparence lieu de s'appliquer. Mais là s'arrête le rôle du législateur : il ne va pas jusqu'à consacrer une apparence objective, qui créerait un droit indépendant de toute erreur¹. En droit français, la publicité ne suffit pas à couvrir l'inexistence du droit qu'elle est censée constater² ; elle permet seulement aux tiers trompés de considérer ce droit comme inexistant : l'erreur, la bonne foi, est donc nécessaire. Il en est de même lorsque l'extériorisation mensongère résulte de la forme : pour bénéficier de l'apparence, le porteur d'un effet de commerce doit être de bonne foi ; nous verrons³ cependant que, dans cette dernière matière, la notion de bonne foi s'est trouvée légèrement modifiée par l'influence de conceptions étrangères favorables à une apparence objective.

B. — *La dispense d'investigation.*

33. — En appréciant largement la légitimité de l'erreur, le droit commercial fait plus que de multiplier les extériorisations. Il permet aux tiers de se dispenser de certaines investigations relatives à la réalité cachée. Cette dispense peut, suivant la nature de l'extériorisation, être partielle ou totale.

a) *Dispense partielle d'investigation.*

Lorsque l'extériorisation trompeuse est matérielle, la dispense d'investigation est partielle : les tiers ne sont certes pas soumis, comme en droit civil, à procéder à des recherches approfondies pour connaître la réalité, mais ils ne peuvent s'abstenir de toute investigation. L'erreur, pour être créatrice de droit, n'est pas nécessairement invincible ; mais elle doit être légitime, ce qui exclut l'application des règles de l'apparence lorsque la réalité pouvait être connue sans recherches trop compliquées⁴.

Pour déterminer les investigations dont les tiers peuvent se dispenser, la jurisprudence part du principe que les transactions commerciales doivent être rapides. Les tiers ne sont pas soumis à des recherches incompatibles avec ce besoin de rapidité. La

1. Sur la notion d'apparence objective, voir n° 21.

2. Cela se marque notamment dans les solutions relatives au registre du commerce.

3. Voir n°s 335 et s.

4. Dans ce cas on parle souvent d'ignorance fautive. Une telle expression risque de placer le problème sur le plan de la responsabilité civile, ce qui ne peut être admis.

dispense d'investigation marque donc le rôle joué par la théorie de l'apparence en droit commercial, puisqu'elle résulte d'un besoin propre à ce droit.

34 — Lorsque la réalité n'est pas publiée, la distinction des investigations exigées et de celles qui ne le sont pas pose seulement une question de fait. Il s'agit de savoir si les tiers pouvaient, moyennant certaines recherches rapides, déceler la fausseté de l'extériorisation matérielle qui les a trompés. Par exemple, en l'absence de publicité, les tiers sont dispensés de s'enquérir auprès du mandant apparent de la réalité du mandat ou de l'étendue des pouvoirs conférés ; une telle enquête empêcherait en effet de traiter rapidement avec le mandataire apparent. Les tiers doivent en revanche examiner la procuration remise au mandataire, lorsque cela est possible¹. Dans une autre matière, les tiers qui ont traité sur le vu de la raison sociale ne sont pas obligés de s'adresser à chacun des associés apparents pour obtenir confirmation de leur qualité².

Deux situations sont cependant de nature à exercer une influence décisive sur les juges et à les amener à modifier le domaine des investigations exigées :

— Ce domaine est élargi lorsque l'apparence aboutit à mettre une obligation à la charge d'un incapable. Nous savons en effet que la nécessité de protéger l'incapable passe avant les besoins de sécurité dynamique : les tiers ne sont pas dispensés des recherches concernant la capacité de leur débiteur, même si ces recherches sont longues.

— Le domaine des investigations exigées est en revanche rétréci lorsque l'apparence résulte d'une simulation. Il s'agit non seulement de protéger une erreur légitime, mais aussi de punir une machination. Aussi, la jurisprudence a tendance à élargir dans ce cas la dispense d'investigation³.

35 — Lorsque la réalité est publiée, il semble logique d'écarter toute application de l'idée d'apparence. L'erreur des tiers, en effet, ne saurait être légitime si elle se fonde sur une simple extériorisation matérielle trompeuse, puisque l'examen de la publicité aurait dû renseigner les tiers sur la situation véritable. Ainsi, lorsqu'une société est publiée sous la forme anonyme, les tiers ne peuvent légitimement la prendre pour une société en nom collectif, même si l'activité sociale donne lieu de croire à une telle forme. Ainsi encore, les tiers ne peuvent plus agir contre le propriétaire d'un fonds de commerce dès que la loca-

1. Voir n° 104.

2. Voir n° 190.

3. Cet élargissement n'a pas une grande portée pratique, car les simulateurs ont soin de rendre très difficile la recherche de la réalité.

tion-gérance est publiée, car l'erreur commise sur la qualité du gérant n'est plus, à ce moment, légitime¹.

Pourtant, la jurisprudence n'a pas toujours suivi cette voie. Elle a placé quelquefois les exigences de la rapidité des affaires avant celles de la logique pour dispenser les tiers de rechercher la réalité même lorsque cette dernière a été régulièrement publiée. Une société² ou un propriétaire de fonds de commerce³ sont considérés, comme engagés par l'acte excessif de leur mandataire, alors pourtant que l'étendue des pouvoirs a été publiée. Le législateur lui-même a dispensé les tiers d'examiner la publicité lorsqu'il a posé dans l'art. 29 du c. com. l'obligation indéfinie du commanditaire qui s'imisce, alors pourtant que sa qualité véritable résulte des statuts publiés⁴.

De telles solutions aboutissent à démunir de toute efficacité les formalités de publicité. A quoi celle-ci peuvent-elles servir si les tiers sont dispensés de les examiner, si leur accomplissement correct n'empêche pas l'erreur d'être légitime ? Nous constatons à nouveau que la publicité, telle qu'elle est conçue aujourd'hui, ne peut pas se concilier avec les besoins de rapidité de la vie des affaires. Les tiers n'ont pas le temps, chaque fois qu'ils contractent, de s'adresser au greffe du tribunal de commerce ou de consulter les journaux d'annonces légales. La jurisprudence en a tiré la conséquence que l'erreur demeure légitime, malgré la publicité de la situation véritable, si elle résulte d'une extériorisation matérielle trompeuse.

A ce point, la dispense d'investigation n'est pas loin d'être totale : que peut-on obliger les tiers à rechercher si on les dispense d'examiner la publicité légale ? Mais la dispense ne devient véritablement totale que lorsque l'extériorisation trompeuse n'est plus matérielle, mais légale.

b) *Dispense totale d'investigation.*

36 — L'erreur est par nature légitime lorsqu'elle résulte d'une publicité ou d'une forme trompeuse. C'est dire que, dans cette hypothèse les tiers sont dispensés de toute investigation : ils peuvent s'en tenir à l'extériorisation légale.

Nous avons vu⁵ que la publicité, lorsqu'elle est conforme à la réalité, n'empêche pas toujours l'erreur d'être légitime. Lorsqu'en revanche elle est trompeuse, la publicité rend nécessairement légitime l'erreur commise sur sa foi. Les deux solutions ne sont pas au fond contradictoires, car il s'agit dans les deux cas de créer une sécurité dynamique en protégeant le plus grand

1. Voir n° 64.

2. Voir n° 100.

3. Voir n° 105 *in fine*.

4. Voir n° 195.

5. Voir n° 35.

nombre de tiers de bonne foi. Ces derniers peuvent toujours tenir pour vrai ce qui est publié, et donc se dispenser de toute recherche extérieure à la publicité. Ainsi, une société inexistante ou nulle, mais publiée comme une société régulière, conserve tous ses effets à l'égard des tiers de bonne foi, même si ceux-ci pouvaient déceler l'inexistence ou la nullité par des investigations extérieures à la publicité ¹.

37 — Plus souvent que la publicité, l'élément visible trompeur résulte en droit commercial de la forme. Cette dernière dispense les tiers de toute investigation. Le législateur, en prévoyant la façon dont la réalité doit se manifester, a voulu que les tiers puissent agir rapidement sur la foi de cette extériorisation ; le but de sécurité dynamique ne serait donc pas atteint si les tiers risquaient toujours de se voir opposer une réalité qu'ils ne pouvaient déceler que par une recherche extra-formaliste. Pour cette raison, l'erreur résultant d'une forme trompeuse est toujours légitime ; cela constitue l'une des originalités de cette catégorie d'apparence qui crée un droit autonome ².

Le domaine de cette apparence formaliste est celui des titres de crédit. Nous verrons par exemple que le porteur d'une lettre de change peut faire foi aux mentions du titre qu'il a dans les mains, qu'il n'est pas obligé de rechercher si le tireur a bien une créance valable sur le tiré, et si la suite des transmissions repose sur des rapports sous-jacents réguliers. Le porteur légitime est dispensé de toute investigation extérieure à la forme : tant que celle-ci ne le renseigne pas sur l'irrégularité de son droit, il peut exercer tous les recours cambiaux.

Cette dispense d'investigation comporte cependant certaines atténuations :

— Si d'une part le titre a été perdu ou volé, le tiers porteur est privé de ses droits dans le cas où il a commis une faute lourde en ignorant la dépossession qui, pourtant, n'apparaît pas sur titre ³.

— D'autre part, le débiteur cambiaire n'est pas dispensé de toute investigation extérieure au titre puisqu'il n'est pas libéré si le paiement est fautif ⁴.

Dans ces deux hypothèses, la protection du véritable titulaire a exigé de sacrifier dans une certaine mesure les besoins de rapidité. Mais ces exceptions n'empêchent pas l'élément visible de résulter au premier chef de la forme ; pour cette raison, nous les étudierons dans le cadre de l'élément psychologique et non dans celui de l'élément matériel : soumettre les tiers à certaines investigations extra-formalistes ne modifie pas l'élément matériel de

1. Voir n° 153.

2. Voir 2^e partie.

3. Voir n°s 345 et s.

4. Voir n°s 351 et s.

l'apparence (qui résulte uniquement de la forme), mais son élément psychologique : dans ces hypothèses exceptionnelles, l'ignorance de la réalité ne suffit pas, il faut encore que cette ignorance ne soit pas fautive.

PARAGRAPHE 2. — LES SOLUTIONS DU DROIT COMMERCIAL
A EXCLURE DE LA THEORIE DE L'APPARENCE

38 — Les règles de l'apparence ont pour but de créer une sécurité dynamique en rendant efficace ce que les tiers ont cru de bonne foi être la réalité. Le technique de l'apparence a par conséquent un domaine bien limité, d'où il faut exclure toutes les solutions qui ne créent pas un droit fondé sur une erreur légitime. Il arrive, sans doute, que certaines situations juridiques, comportant un élément caché et un élément visible différents, fassent place à une apparence objective. Mais ces situations ne relèvent pas de la théorie de l'apparence si la protection des tiers de bonne foi n'est pas en jeu. Nous allons appliquer cette idée à quelques hypothèses qui, tout en comportant un élément visible différent de l'élément caché, doivent être exclues de la théorie de l'apparence. Les solutions, en effet, ne sont pas dictées par la protection des tiers de bonne foi, mais tantôt par la volonté des parties, tantôt par celle du législateur.

A. — *Droit des tiers issu de la volonté des parties.*

Quelquefois, ce sont les parties elles-mêmes qui créent, par leur volonté, le droit des tiers. Ces derniers ne sont donc pas protégés en vertu de l'apparence, ils ne sont pas protégés parce qu'ils se sont trompés. Il en est ainsi dans l'hypothèse du prête-nom, dans celle de l'association en participation et dans celle de la commission.

a) *Prête-nom.*

39 — Il arrive que certaines personnes désirent, pour une raison ou pour une autre, soustraire leur activité à la connaissance du public. Elles font alors le commerce par l'intermédiaire d'un prête-nom. Aux yeux des tiers, ce dernier paraît agir pour son propre compte ; en réalité, il agit pour le compte d'un donneur d'ordre. A l'égard des tiers, c'est le prête-nom qui est engagé ; c'est lui qui devient commerçant s'il accomplit couramment des actes de commerce pour le compte de son mandant¹. On pourrait penser² que ces solutions dérivent de l'apparence, puisqu'il existe un élément visible différent de l'élément caché, et qu'en vertu de cette différence les tiers de bonne foi peuvent ignorer le donneur d'ordre pour ne considérer que le prête-nom.

1. Lyon-Caen et Renault, I, n° 205. — Ripert, n° 2538.

2. Ripert, n° 68. — Weill, La relativité des conventions, n° 339.

Un tel raisonnement serait inexact. Les effets de la convention de prête-nom à l'égard des tiers ne résultent pas de l'erreur légitime commise par ceux-ci sur la foi des apparences, mais bien de la volonté des parties. Le mandant et le mandataire, en créant un élément visible différent de l'élément caché, ont l'intention de limiter les rapports des tiers à la personne du prête-nom et donc de soustraire le donneur d'ordre à tout engagement à l'égard des tiers. Ces derniers en contractant avec le prête-nom savent que celui-ci seul s'engage envers eux.

40 — Il en résulte d'abord que la situation des tiers ne change pas suivant qu'ils ont connu ou non l'existence de la convention de prête nom. Il est couramment admis¹ que les tiers peuvent poursuivre le prête-nom si, en contractant avec lui, ils connaissaient l'existence du mandant. La qualité de commerçant est attribuée au prête-nom à l'égard de tous les tiers, même des tiers renseignés : tous peuvent faire déclarer le prête-nom en faillite. Enfin, tous les tiers, renseignés ou non, peuvent repousser l'action dirigée contre eux par le donneur d'ordre². Ces solutions ne peuvent pas s'expliquer par la théorie de l'apparence, car celle-ci implique la bonne foi des tiers³. Il ne s'agit pas en la matière, de protéger l'erreur légitime issue de l'apparence ; il s'agit de faire produire à une convention ses effets à l'égard des tiers.

De cette explication résulte une autre conséquence : les tiers n'ont pas d'option entre l'apparence et la réalité. Dans le cas où ils sont devenus créanciers, ils n'ont que le prête-nom comme débiteur et ne peuvent poursuivre directement⁴ le mandant, même auraient-ils connu son existence⁵. Cette solution serait incompréhensible à la lumière des règles de l'apparence, car celles-ci n'empêchent jamais les tiers d'invoquer la réalité⁶. Si le mandant n'est pas engagé envers eux, c'est parce qu'il n'a pas voulu s'engager et que les tiers, en contractant avec le prête-nom, n'ont compté que sur l'engagement de ce prête-nom⁷.

41 — Les effets de la convention de prête-nom dérivent donc de la volonté des parties et non des règles de l'apparence. Mais cela suppose que cette volonté soit efficace ; dans les hypothèses exceptionnelles où il n'en est pas ainsi, la théorie de l'apparence peut trouver à s'appliquer :

1. Planiol et Ripert, t. IX, par Rouast et Savatier, n° 1504. Req., 25 janvier 1864 (D. 64.1.282, note Beudant).

2. Paris, 17 oct. 1934 (GP., 34-2-781).

3. Voir n° 20.

4. Les tiers disposent seulement de l'action oblique.

5. Planiol et Ripert, loc. cit.

6. Voir n° 22.

7. Ces idées sont notamment applicables au co-propriétaire d'un navire (quirataire) qui, aux yeux des tiers, agit seul et prend donc la qualité de prête-nom des autres co-propriétaires. Voir Villeneau. Des quirataires occultes (DMF., 1958.699).

— Il est d'abord possible que la convention de prête-nom soit frauduleusement dirigée contre les tiers ou contre l'ordre public. Les tiers de bonne foi disposent alors d'une action en déclaration de simulation et peuvent, en vertu de l'apparence, agir contre le mandataire occulte ; ils peuvent aussi, en vertu de la réalité, poursuivre le mandant occulte. L'exemple le plus typique est fourni, comme nous le verrons¹, par le prête-nom devenu propriétaire apparent de fonds de commerce.

— Il est ensuite possible que les parties à la convention de prête-nom, créent, par leur attitude, une apparence contraire à cette convention, en laissant croire aux tiers que le mandant entendait véritablement être engagé par les actes du prête-nom. Il s'agit alors d'une variété de mandat apparent² : les tiers de bonne foi peuvent considérer le donneur d'ordre comme engagé par les actes de son prête-nom devenu mandataire apparent.

b) *Association en participation.*

42 — La situation du prête-nom n'est pas sans analogie avec celle de la personne qui agit au nom d'une association en participation. Dans les deux hypothèses, une personne, qui paraît agir en son propre nom, le fait en réalité au nom d'autrui. Dans les deux hypothèses, les rapports de cette personne avec les tiers dérivent de l'autonomie de la volonté et non des règles de l'apparence.

Les tiers qui contractent avec le gérant d'une association en participation ne deviennent débiteurs ou créanciers que de ce seul gérant, ne transmettent de droit réel qu'à lui et n'en acquièrent que de lui. Il serait tentant de faire découler cette solution de la théorie de l'apparence : n'est-ce pas l'élément visible qui crée le droit en dépit de sa non-concordance avec la réalité cachée ?

Une telle position n'est pas plus exacte dans cette matière que dans celle du prête-nom. Si le gérant est seul lié envers les tiers contractants, ce n'est pas dans le but de protéger l'erreur légitime que ces tiers auraient commise sur la foi des apparences. Il s'agit, plus simplement, d'une conséquence de l'autonomie des volontés individuelles : les participants, en créant volontairement une société occulte, entendent que tous les droits et toutes les obligations reposent sur la tête du seul gérant, et les tiers, en contractant avec ce gérant de participation, savent ne pouvoir compter que sur l'engagement de cette personne. Situation qui, en définitive, est la même que celle du prête-nom, et de laquelle découlent logiquement les mêmes conséquences.

43 — Il importe peu, en premier lieu, que les tiers ignorent ou connaissent, en contractant avec le gérant, l'existence de l'asso-

1. Voir n° 204.

2. Voir n° 58.

ciation en participation. Tous les tiers créanciers, renseignés ou non, peuvent poursuivre le gérant sur l'ensemble des biens sociaux qui sont la propriété apparente de ce gérant¹. Tous les tiers devenus débiteurs, renseignés ou non, peuvent repousser l'action dirigée contre eux par les participants avec lesquels ils n'ont pas traité². De telles solutions ne seraient en harmonie avec la théorie de l'apparence que si elles étaient limitées aux tiers non renseignés, c'est-à-dire à ceux qui ignoraient, en contractant avec le gérant, l'existence de la société en participation. Du moment que tous les tiers sont sur le même plan, l'explication de leur droit ne se trouve pas dans l'erreur légitime issue de l'apparence, mais dans le contenu de la volonté des participants : ceux-ci ont entendu que le gérant seul fût créancier ou débiteur.

Cette idée entraîne en outre la conséquence suivante : les tiers n'ont pas le choix entre l'élément visible et l'élément caché. Ils ne peuvent agir directement³ contre les participants avec lesquels ils n'ont pas traité, car l'acte passé avec le gérant est pour ces participants « res inter alios acta »⁴. En vertu des règles de l'apparence, au contraire, les tiers pourraient, si tel était leur intérêt, invoquer la réalité, ce qui les amènerait à diriger leur action contre les participants. Cette possibilité est exclue parce que les règles de l'apparence n'ont que faire en cette matière : les tiers, en contractant avec le gérant d'une société occulte, savaient que seul ce gérant serait engagé envers eux, ils ne peuvent donc agir contre personne autre. Cette solution s'impose même si les tiers ont eu une connaissance personnelle de la participation⁵, même dans ce cas, en effet, ils ont su que les participants n'ont pas voulu s'engager personnellement, volonté manifestée par le caractère occulte de la société⁶.

Les rapports de l'association en participation avec les tiers ne sont donc pas dominés par les règles de l'apparence, mais par celles de l'autonomie de la volonté. L'idée d'apparence ne trouve à s'appliquer, comme nous le verrons⁷, que dans l'hypothèse exceptionnelle où l'élément visible n'est pas conforme à l'inten-

1. Req. 27 juin 1893 (D. 93.1.488). — Limoges, 2 mars 1892 (D. 94.2.189). — T. com. Lyon, 9 oct. 1923 (R. des S., 1924.265).

2. Paris, 16 juin 1910 (J. des S., 1911, 429).

3. Les tiers disposent seulement de l'action oblique.

4. Ripert, n° 792. — Hamel et Lagarde, n° 511. Req. 8 fév. 1926 (DP., 26.1.223 ; rapport Pringue). — Civ., 31 mars 1936 (DH., 36.300). Civ., 21 oct. 1941 (S. 43.1.15). — T. com. Seine, 24 avril 1950 (J. des S., 1952, 21).

5. Escarra et Rault, n° 497. Req., 31 juillet 1893 (D. 94.1.261).

6. Si, par conséquent, les participants ont eu l'intention de s'engager personnellement, les tiers peuvent agir contre eux. Les associés ont alors mal qualifié leur contrat. Req. 29 juillet 1863. (D., 64-1-27), ou encore ils ont marqué leur volonté d'être engagés par un acte bien déterminé du gérant. — Civ., 3 déc. 1890 (D., 91.1.117). — Caen, 5 mai 1931 (S., 31.2.172).

7 Voir nos 197 et s.

tion qu'ont eue les participants de ne pas s'engager personnellement : la société n'étant pas occulte, les tiers peuvent, sur le fondement de leur erreur légitime, agir directement contre les participants qui paraissent associés en nom.

c) *Commission.*

44 — Les solutions dégagées à propos du prête-nom et du gérant de participation sont applicables, *mutatis mutandis*, au commissionnaire. Ce dernier, qui est censé agir pour son propre compte, le fait en réalité pour le compte du commettant, et les tiers contractants ne sont liés qu'avec le seul commissionnaire¹. Ici encore, il s'agit d'une application de l'autonomie des volontés, et non de la théorie de l'apparence, ce qui entraîne les conséquences suivantes :

— D'une part, la situation des tiers n'est pas modifiée par la connaissance personnelle qu'ils ont pu avoir de l'existence du commettant. Les parties au contrat de commission ont en effet entendu que seul le commissionnaire fût lié avec les tiers ; ces derniers tirent leur droit de cette volonté et non de l'apparence.

— D'autre part, les tiers ne peuvent pas invoquer l'élément caché pour agir directement contre le commettant². Ces tiers ont en effet accepté en contractant avec le commissaire, de ne compter que sur l'engagement de celui-ci. Certains auteurs modernes³ admettent, en revanche, que le commettant puisse agir directement contre les tiers devenu débiteur ; cette solution n'est en rien fondée sur la protection des tiers trompés par l'apparence, mais sur la constatation que la personnalité du créancier est indifférente au débiteur.

C'est donc la volonté individuelle qui fonde les rapports du commissionnaire avec les tiers contractants. La théorie de l'apparence ne reprend ses droits, ici comme ailleurs, que dans l'hypothèse exceptionnelle où la réalité du contrat de commission est cachée derrière une apparence de mandat : les tiers trompés peuvent alors, comme nous le verrons⁴, considérer le commettant comme un mandant et dès lors agir directement contre lui.

B. — *Droit des tiers issu de la volonté du législateur.*

45 — Il est, en droit commercial, certaines solutions que l'on pourrait être tenté de rattacher à la théorie de l'apparence, car elles ne peuvent s'expliquer par l'autonomie de la volonté et elles font place à une espèce d'apparence objective. Ces solutions doi-

1. Les tiers disposent seulement de l'action oblique contre le commettant.

2. Req., 3 mai 1887 (S., 90.1.303).

3. Hémard. Les contrats commerciaux dans Escarra et Rault, II, n° 743. — Starck. Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers, dans Etudes sous la direction de J. Hamel, p. 166.

4. Voir n° 58.

vent cependant être exclues de la théorie qui nous occupe si le législateur, en les édictant, n'a pas eu strictement pour but de protéger l'erreur légitime commise sur la foi des apparences. Parmi les solutions à exclusion rentrent notamment celle relative à l'étendue des pouvoirs des gérants de société à responsabilité limitée et celle touchant la perte par le vendeur de ses droits sur les marchandises non payées entrées dans les magasins du failli.

a) *Pouvoirs des gérants de société à responsabilité limitée.*

46 — En matière de société à responsabilité limitée, la loi du 7 mars 1925 (art. 24, al. 2) dispose que « toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers »¹. Cette solution rapproche le gérant du « procuriste » connu par le droit allemand, ce qui favorise la rapidité des opérations commerciales et le crédit des sociétés à responsabilité limitée : les tiers peuvent s'abstenir de toute recherche concernant les pouvoirs du gérant qui traite avec eux au nom de la société, puisque de toute façon la limitation leur sera inopposable (2 et 3).

On pourrait être tenté, à propos de cette disposition, d'invoquer la théorie de l'apparence. Il y a un élément caché : la limitation apportée par les associés aux pouvoirs du gérant. L'élément visible contraire est constitué par le comportement du gérant qui paraît agir dans les limites de son mandat. Le législateur ne consacre-t-il pas la protection des tiers de bonne foi en leur permettant de s'en tenir à ce qu'ils ont cru, à l'apparence des pouvoirs ?

Une telle conception ne serait pas exacte. Le droit des tiers, en effet, repose sur une réalité et non sur une apparence. Il n'est pas exact de dire que le gérant, en agissant au-delà des pouvoirs contractuels « paraît » agir dans la limite de son mandat. Il faut aller plus loin et dire qu'il « agit » véritablement dans la limite de son mandat, car cette limite résulte de la loi et non de la convention. Les tiers n'ont pas commis d'erreur en comptant sur la validité de l'acte accompli par le gérant, puisque ce dernier a réellement agi dans la limite de ses pouvoirs.

1. Un arrêt de la Cour de Limoges, du 17 février 1958 (Bull. inform. jur. et fisc. soc., 1958.242), paraît assimiler à cette disposition celle de l'art. 2 de la loi du 16 nov. 1940 (modifiée par la loi du 4 mars 1943), relative au président du conseil d'administration d'une société anonyme. Une telle assimilation ne nous paraît pas fondée. Voir n° 117 et note.

2. La limitation contractuelle reste valable dans les rapports entre le gérant et la société : l'acte excessif ouvre à celle-ci un recours contre celui-là.

3. Il faut même, semble-t-il, considérer comme une limitation inopposable le partage des pouvoirs entre plusieurs gérants. En ce sens : Ripert, n° 858. — Escarra et Rault, c. n° 417. — Rault, obs. à la RTD Com., 1951.512. — Req., 17 déc. 1934 (S., 36.1.187). — T. Civ. Metz, 25 avril 1951 (JCP., 51.11.65358). — Contra : Lyon, 20 mai 1940 (S., 40.2.49, note Rousseau). — Douai, 2 nov. 1950 (JCP., 51-II.6273, note D.B.).

Il en résulte que dans les conditions nécessaires à l'application de la théorie de l'apparence manquent dans la disposition qui nous occupe. La société à responsabilité limitée est engagée par les actes de son gérant même à l'égard des tiers qui connaissent, en contractant, la limitation statutaire des pouvoirs¹. Cette connaissance ne peut avoir aucun effet, puisqu'aucune erreur n'a été commise, puisque les tiers savaient que l'étendue des pouvoirs résultait de la loi et non des statuts.

Si les solutions législatives relatives aux pouvoirs des gérants de société à responsabilité limitée ne relèvent pas de la technique de l'apparence, il n'en demeure pas moins qu'elles sont issues des mêmes besoins de sécurité dynamique. Seulement, au lieu de protéger l'erreur légitime, le législateur est en cette matière allé plus loin : il a supprimé toute possibilité d'erreur. Ce faisant, il a consacré une espèce d'apparence objective analogue à celle connue par le droit allemand dans la « prokura » : les pouvoirs du mandataire ont une étendue fixe sur laquelle peuvent compter les tiers, quel que soit l'élément psychologique relatif à ces derniers. Ce n'est pas l'erreur qui crée le droit, c'est l'élément matériel de l'apparence. L'apparence, étant objective, devient elle-même la réalité.

b) *Marchandises non payées et entrées dans les magasins du failli.*

47 — L'idée d'apparence est fréquemment invoquée à propos de l'art. 98 du décret du 20 mai 1955 (anciens art. 550 et 576 du C. com.) en vertu duquel le vendeur non payé perd son privilège et son droit de revendication lorsque les marchandises sont entrées dans les magasins du failli. On sait qu'en droit commun le vendeur de meubles conserve, tant qu'il n'est pas payé, un privilège sur la chose vendue (art. 2.102, 4^e c. civ.) et une action en revendication ayant pour but d'exercer ensuite le droit de rétention (art. 1.613 c. civ.). Plusieurs auteurs ont soutenu que la perte de ces droits en cas de faillite de l'acquéreur s'expliquerait par une idée d'apparence : les créanciers qui constituent la masse sont des tiers par rapport à la vente considérée ; ils ont vu les marchandises dans les magasins du failli, ils ont pu croire qu'elles rentraient dans leur gage général, et c'est en partie en considération de cette apparence qu'ils ont fait crédit à leur débiteur. S'inspirant de ce raisonnement, la jurisprudence³ fait constam-

1. Trib. Com. Seine, 12 janvier 1928 (D.P., 28.2.193, note Pic).

2. Escarra, n° 1750. — Percerou, article aux Ann. Dr. Comm., 1931.392. — Esmein, note au S., 1935.1.337. — Giverdon, dans « La vente com. des marchandises ». Etudes sous la direction de J. Hamel, n°s 30 et suivants.

3. Req., 21 juillet 1897 (D., 98.1.269, rapport Cotelle). — Civ., 28 mars et 22 oct. 1934 (D., 34.1.131, note Mlle Vandamme) (S., 35.1.337, note Esmein).

ment appel à la « solvabilité apparente » du failli. Rien d'étonnant, dans cette conception, que le vendeur conserve ses droits lorsque les marchandises sont en cours de route, car n'étant pas entrées dans le magasin, elles n'ont pu constituer une apparence de solvabilité.

Pour séduisant qu'il soit, ce raisonnement ne peut être suivi. Une partie de la doctrine ¹ a montré son insuffisance, en avançant divers arguments qui peuvent être résumés dans les deux propositions suivantes :

— D'une part, certaines marchandises qui, pourtant, se trouvent comme les autres dans les magasins du failli, ne tombent pas dans le gage commun de la masse ;

— D'autre part, certains tiers qui, pourtant n'ont pas été trompés par l'apparence, bénéficient de la perte de ses droits par le vendeur non payé.

48 — La première proposition dérive de la possibilité, pour certaines personnes, de revendiquer contre la masse des meubles qui étaient entrés dans les magasins du failli, mais qui n'étaient pas devenus sa propriété :

— Il s'agit d'abord des biens détenus à titre de prêt, de location, de mandat ou de dépôt. Ces biens font partie de la solvabilité apparente du failli, au même titre que les marchandises non payées. Si on appliquait l'idée d'apparence à celles-ci, il n'y aurait aucune raison de ne pas l'appliquer à ceux-là. Or, cette application n'est pas admise, puisque le véritable propriétaire peut revendiquer contre la masse les marchandises détenues à titre de prêt, de location, de mandat ou de dépôt ². La perte de ses droits par le vendeur non payé ne peut donc logiquement se fonder sur l'apparence.

— La revendication est ensuite possible, sous certaines conditions, à l'égard de meubles dont la vente est assortie de clauses tendant à conserver la propriété du vendeur non payé ³. C'est ainsi que la résolution de la vente a été jugée opposable à la masse, alors qu'elle s'était produite de plein droit, pendant la période suspecte en vertu d'une clause résolutoire expresse ⁴. L'apparence est pourtant la même à l'égard de meubles objets de la clause

1. Ripert (dont les conclusions sont nuancées),^{*} n^{os} 2789 et s. — Vouin. La bonne foi. Thèse, Paris, 1939, n^o 224). — Vasseur. Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires de la faillite. Thèse, Paris, 1949, n^{os} 38 et 201. — Mischlich, V^o faillite au R.D. commercial, n^o 2071 et s. — Friedel, dans « La vente comm. des marchandises ». Etudes sous la direction de J. Hamel (II).

2. C'est ainsi, par exemple, que l'art. 575 C. com., autorise la revendication des meubles détenus par le failli à titre de consignation.

3. Sur l'ensemble de ce problème, voir Vasseur, op. cit., n^o 101. Friedel, loc. cit.

4. Civ., 12 déc. 1938 (DH., 39.146).

qu'à l'égard de tous les autres meubles non payés, puisque les uns et les autres sont pareillement entrés dans les magasins du failli, et puisque l'existence de la clause ne peut être connue des créanciers, tiers au contrat de vente. Les solutions de la jurisprudence ne seraient conciliables avec la théorie de l'apparence que si une distinction était opérée entre les clauses occultes et les clauses apparentes, ces dernières seules étant opposables aux tiers (connaissant la clause, ils ne pourraient, en effet, compter les marchandises dans leur gage). La jurisprudence n'ayant jamais admis une telle distinction, il est impossible d'invoquer l'idée d'apparence.

49 — Cette impossibilité se manifeste en outre par la seconde proposition : la perte de ses droits par le vendeur non payé crée un bénéfice au profit de certains tiers, qui, pourtant, n'ont pas pu être trompés par l'apparence, ou qui ne l'ont pas été.

— Les tiers qui n'ont pas pu être trompés sont ceux dont la créance remonte à une date antérieure à celle de l'entrée des marchandises dans les magasins du failli. Il est évident que ces créanciers n'ont pas pu accorder leur crédit en considération de la solvabilité apparente résultant des dites marchandises, puisque celles-ci n'étaient pas encore détenues par leur débiteur. Du moment que les créanciers antérieurs ne sont pas exclus de tout droit sur les marchandises non payées, l'idée d'apparence se trouve en défaut.

— Il y a plus : parmi les tiers qui ont pu être trompés par l'apparence (les créanciers postérieurs), il faudrait opérer une distinction entre ceux qui ont été effectivement trompés et ceux qui ne l'ont pas été, pour exclure ces derniers de tout droit sur les marchandises non payées ; la théorie de l'apparence suppose, en effet, qu'une erreur a été commise¹. Or, la perte de ses droits par le vendeur non payé bénéficie non seulement au créancier trompé, mais encore à ceux qui, en accordant leur crédit, savaient parfaitement que telle marchandise, non encore payée, ne pouvait entrer dans leur gage.

50 — Ces diverses raisons doivent conduire à abandonner en cette matière toute explication fondée sur l'apparence. On ne peut même pas parler d'apparence objective. De plus en plus, les commerçants utilisent la vente à crédit, si bien que celle-ci tend à devenir la règle, et la vente au comptant l'exception. Il n'est pas conforme aux habitudes du commerce de considérer qu'un créancier puisse être trompé par la présence de marchandises dans les magasins de son débiteur ; ce créancier doit savoir que la vente à crédit est usuelle et que donc les marchandises ne sont pas forcément payées². L'erreur, en admettant qu'elle existe, n'est

1. Voir nos 20 et s.

2. Vasseur, op. cit., n° 38.

certainement pas légitime, car elle ne s'appuie pas sur une apparence suffisante.

Il ne nous appartient pas de rechercher ici la véritable explication de la perte de ses droits par le vendeur non payé. Nous remarquons seulement que cette solution aboutit à organiser la faillite en créant une égalité entre les divers créanciers¹. Il résulte des travaux préparatoires du Code de commerce² que le législateur a voulu surtout que nulle différence ne fût faite entre celui qui est créancier pour fourniture de marchandise et celui qui l'est à la suite d'un prêt. Ces considérations n'ont rien à voir avec la protection des tiers trompés par l'apparence.

PARAGRAPHE 3. — CONCLUSION. PLAN ADOPTÉ

51 — Limitée dans son rôle et son domaine, la théorie de l'apparence recouvre donc toutes les hypothèses dans lesquelles une erreur légitime est créatrice de droit : les tiers de bonne foi peuvent considérer ce qu'ils ont cru comme si cela était réellement. Nous trouverons dans la nature du droit créé le principe d'une distinction entre toutes les applications que fait le droit commercial de la théorie qui nous occupe :

— Tantôt, ce droit est celui qui serait résulté de la réalité si celle-ci avait été conforme à l'apparence trompeuse. Ainsi, le tiers qui traite de bonne foi avec un mandataire apparent peut agir contre le faux mandant exactement comme si celui-ci avait véritablement donné pouvoir de le représenter. Dans de telles hypothèses, il s'agit de la théorie classique de l'apparence, de celle qui joue à titre subsidiaire puisqu'elle crée un droit dans le cas exceptionnel où celui-ci ne peut être issu de la réalité. L'apparence se substitue donc à la réalité.

— Tantôt le droit commercial pousse encore plus loin les conséquences de l'apparence : celle-ci crée un droit autonome, dont la nature ne dérive nullement de la réalité sous-jacente. Il en est ainsi dans les titres de crédit et spécialement dans les effets de commerce, qui permettent aux tiers de bonne foi d'exercer les recours cambiaires. L'apparence ne joue plus à titre accessoire, mais à titre principal, puisqu'un droit autonome dérive de la forme, quelle que soit la conformité de celle-ci avec la réalité. Dans cette seconde série d'hypothèses, l'apparence crée un droit autonome.

Telles sont les deux catégories de solutions dictées en droit commercial par la théorie de l'apparence. Nous les étudierons tour à tour, en les intitulant : l'apparence substituée à la réalité, l'apparence source d'un droit autonome.

1. Vasseur, loc. cit.

2. Locré, T. Com., 19, p. 450.

PREMIERE PARTIE

L'APPARENCE SUBSTITUEE A LA REALITE

52 — Nous devons d'abord examiner les hypothèses dans lesquelles la théorie de l'apparence joue à titre accessoire, pour apporter aux tiers la sécurité dynamique qu'ils ne trouveraient pas dans la stricte application de la réalité. Tel est uniquement, pour la plupart des auteurs, le domaine de la théorie de l'apparence : elle ne crée par un droit autonome et spécifique, elle permet seulement aux tiers d'invoquer les effets qu'aurait normalement produits la réalité si celle-ci avait été conforme à l'élément visible. Le droit créé par l'apparence se définit donc, dans cette première série d'hypothèses, par référence à la réalité que laissait supposer l'élément visible trompeur. L'extériorisation n'a pas pour but de créer dans tous les cas un droit nouveau : elle crée ce droit dans l'hypothèse exceptionnelle et pathologique où elle est trompeuse. Pour cette raison, nous parlerons d'apparence substituée à la réalité.

Il faut cependant se garder d'exclure de cette catégorie d'apparence toute solution dont le fondement serait légal. Il suffit, en effet, pour que l'apparence rentre dans la catégorie qui nous occupe, que le législateur n'ait pas créé de toutes pièces un droit qui repose sur l'existence d'une extériorisation. Nous étudierons donc dans cette première partie certaines hypothèses qui dérivent d'une intervention législative :

— D'une part, l'apparence substituée à la réalité peut résulter d'extériorisations légales. Ainsi, une société inexistante ou nulle peut être apparente si elle a été publiée comme une société régulière. Ainsi, encore, un gérant peut représenter en apparence la société s'il agit sous la raison sociale. Bien que résultant de la publicité ou de la forme, l'apparence ne laisse pas d'être substituée à la réalité, car le droit créé n'est pas différent de celui qui serait résulté de la réalité : les tiers de bonne foi peuvent dans le premier cas considérer que la société est existante et régulière, ils peuvent dans le second cas tenir la société comme engagée par l'acte du gérant.

— D'autre part, la substitution de l'apparence à la réalité peut fort bien être consacrée par le législateur lui-même. Ainsi, l'art. 28 c. com. décide que le commanditaire est engagé indéfiniment lorsqu'il s'immisce dans la gestion de la société, et donc prend l'apparence d'un associé en nom. Ainsi, encore, la loi du 20 mars 1956 (art. 8), rend le propriétaire de fonds de commerce responsable des engagements contractés par le locataire-gérant tant que la publicité du contrat n'est pas accomplie, c'est-à-dire tant que le gérant conserve l'apparence d'un mandataire. La consécration législative n'empêche pas que l'on soit en présence de la première catégorie d'apparence, puisque ce n'est pas un droit autonome qui est créé en faveur des tiers, mais seulement le droit de considérer l'apparence comme si elle était la réalité.

53 — Mais le domaine de cette catégorie d'apparence s'étend bien au-delà de ces solutions législatives. La jurisprudence commerciale n'hésite pas à protéger l'erreur légitime chaque fois qu'il est nécessaire d'accorder aux tiers une sécurité dynamique. Nous ne pouvons donc espérer dresser une liste exhaustive et définitive des hypothèses où l'apparence est substituée à la réalité.

La division de cette partie sera toutefois facilitée par la constatation suivante : les risques d'erreur sont plus grands, et, partant, les besoins de sécurité dynamique plus pressants, lorsqu'un contrat est amené à produire certains effets à l'égard des tiers ; ces derniers ne peuvent pas toujours connaître le contenu exact de la volonté qui est à l'origine de leur droit ; pour les pousser à agir, il faut donc leur permettre de s'en tenir à l'apparence de cette volonté. Or, en droit commercial, une telle situation se rencontre principalement dans deux hypothèses :

— Dans celle du mandat, puisque les tiers sont liés avec le mandant, en vertu d'un accord de volonté qui leur est étranger ;

— Dans celle des sociétés, puisque le patrimoine social, gage des tiers contractants, tire son existence d'un contrat auquel ces tiers n'interviennent pas.

Nous étudierons donc dans deux chapitres successifs le mandat apparent et les sociétés apparentes, qui constituent les applications de beaucoup les plus fréquentes de la théorie de l'apparence sous sa première forme. Nous chercherons ensuite, dans un troisième chapitre, s'il existe d'autres hypothèses dans lesquelles l'apparence est substituée à la réalité.

CHAPITRE PREMIER

LE MANDAT APPARENT

54 — L'idée d'apparence trouve fréquemment à s'appliquer en matière de mandat, car il s'agit d'un contrat dont les tiers ont à tenir compte ; la personne qui traite avec le mandataire se trouve liée avec le mandant en vertu d'un contrat qui lui est étranger. Théoriquement, donc, le mandant n'est tenu que par les actes accomplis par son mandataire dans la limite du mandat (art. 1998 c. civ.).

Mais l'application des règles générales du mandat risque de porter préjudice aux tiers qui, ayant traité avec une personne, croyaient de bonne foi que celle-ci agissait pour le compte d'une autre. Faut-il laisser ces tiers sans recours contre cette autre personne ? Il le faut certainement si l'erreur des tiers est le résultat d'une négligence de leur part ; ils ne peuvent alors agir qu'à l'encontre du faux mandataire. Mais, si l'erreur est légitime, si elle résulte d'une apparence de mandat propre à tromper un individu moyen, l'idée d'apparence aboutit à faire considérer le faux mandant comme engagé envers les tiers de bonne foi.

Le code civil lui-même consacre l'apparence dans une hypothèse particulière : les art. 2005, 2008 et 2009 rendent opposables au mandant les actes passés par un mandataire révoqué avec des tiers de bonne foi. Ces actes ne rentrent pas dans le cadre du mandat, puisqu'ils interviennent après la révocation du mandataire, mais ils paraissent y rentrer car les tiers sont habitués à voir telle personne agir au nom de telle autre ; l'erreur qu'ils commettent est donc légitime et ils peuvent considérer l'ancien mandant comme engagé envers eux ¹.

55 — C'est en droit commercial que la jurisprudence a généralisé l'application du mandat apparent. Cela provient du carac-

1. On pourrait citer aussi la jurisprudence qui rend opposables au concubin les actes passés par sa concubine avec des tiers de bonne foi. V. par exemple, Paris, 21 nov. 1923 (GP., 24.1.127). Mais nous pensons qu'il s'agit plutôt d'une apparence de mariage que d'une apparence de mandat. Dans ces hypothèses, la conception civile de l'apparence se rapproche de la conception commerciale.

rière permanente et organique que revêt le plus souvent le mandat commercial¹. Alors qu'il est difficile de concevoir l'apparence d'un mandat donné à un particulier pour accomplir une opération isolée, il y a, par contre, mille façons de concevoir une apparence de mandat lorsque la notion de représentation intervient constamment dans la vie des affaires, lorsque l'activité principale et presque unique de certaines personnes consiste à agir pour le compte d'autres personnes.

C'est ainsi que toute une catégorie de sujets de droit — les personnes morales — ne peuvent agir que par l'intermédiaire de représentants : gérants pour les sociétés de personnes et les sociétés à responsabilité limitée, conseil d'administration et président-directeur général pour les sociétés de capitaux. Ces personnes sont de véritables organes institutionnels² qui, entre autres fonctions, ont celle de contracter avec les tiers au nom de la société. Les règles du mandat apparent trouvent là un terrain d'élection.

D'autre part, le droit commercial utilise fréquemment le mandat lorsqu'il s'agit d'exploiter un bien ou un ensemble de biens que leur propriétaire ne veut pas ou ne peut pas exploiter lui-même. Ainsi, un fonds de commerce peut être donné en gérance salariée à une personne, qui se trouve liée au propriétaire à la fois par un contrat de louage d'ouvrage et par un contrat de mandat³. Ainsi, encore, un propriétaire de navire est représenté de plein droit par le capitaine pour les actes qui touchent l'exploitation de ce navire ; à côté de son rôle technique, le capitaine a donc un rôle commercial qui relève du mandat. Fonds de commerce et navire constituent deux matières auxquelles la jurisprudence et quelquefois même la loi appliquent les règles du mandat apparent.

Enfin, certains mandataires commerciaux, sans revêtir un caractère proprement organique, sont des professionnels dont l'activité principale consiste à agir pour le compte d'autres personnes ; ainsi les agents et représentants de commerce ou encore les gérants et préposés de banquiers. Dans chaque profession tendent à se former des usages qui gouvernent les règles de la représentation et qui sont de nature à favoriser l'application du mandat apparent.

Il faut, en revanche, exclure de cette théorie deux catégories de professionnels :

— D'une part, les courtiers, qui se bornent à rapprocher deux personnes sans s'introduire dans le rapport juridique. Le lien de droit se forme directement entre les deux personnes mises en contact.

1. Hémard. Les contrats commerciaux dans Escarra et Rault, II, n° 654. — Giverdon, v° Mandat au RD Commercial.

2. Travaux de l'Association, H. Capitant, IV, 1948, p. 110.

3. Cohen, II, n° 978. Soc. 30 nov. 1945 (D., 46.J.155).

— D'autre part, les commissionnaires qui agissent en leur propre nom¹. Les tiers ne peuvent agir que contre le commissionnaire, l'application de l'apparence ne saurait donc aboutir à engager le commettant. Et nous avons montré² que les rapports du commissionnaire avec les tiers se fondaient sur l'autonomie de la volonté et non sur les règles de l'apparence.

56 — Le mandat apparent est donc invoqué de façon tout à fait générale en droit commercial. Il est de nature à favoriser le crédit, puisqu'il permet aux tiers de s'en tenir à ce qu'ils voient, puisqu'il évite toute investigation compliquée à propos de la réalité du mandat. Sans le correctif de l'apparence, la vie des affaires serait paralysée car personne n'oserait contracter avec un représentant si le représenté pouvait toujours se décharger en invoquant une réalité cachée.

Mais la jurisprudence, lorsqu'elle applique de telles solutions, hésite à voir dans l'apparence un fondement autonome. Elle préfère le plus souvent expliquer la responsabilité du mandant par la faute qu'il aurait commise d'avoir créé une apparence trompeuse. La réparation la plus adéquate, sur la base de l'art. 1382 du c. civ., consisterait à permettre aux tiers de tenir le mandant apparent pour un mandant véritable. Par exemple, une société qui laisse un préposé agir comme le ferait un mandataire commet une imprudence grave qui a pour résultat de tromper les tiers³; le dommage subi par ces derniers est réparé si l'on considère le mandant apparent comme engagé par l'acte du préposé infidèle.

A notre avis, cette position n'enlève rien à la valeur de l'idée d'apparence. La notion de faute civile est tellement élastique qu'on pourrait, si cela était nécessaire, en faire découler la plupart des solutions juridiques; MM. Mazeaud⁴ ont marqué cette tendance envahissante de la responsabilité civile. Il est facile d'imaginer une obligation pré-existante — celle de ne pas créer une apparence trompeuse — pour tirer ensuite de son inobservation une faute source de responsabilité. Dans toutes les hypothèses de mandat apparent, on peut découvrir une faute du mandant, puisqu'on appelle faute la simple omission d'avertir les tiers de l'absence du mandat⁵.

De plus, l'application de l'art. 1382 c. civ. suppose que la faute est la cause génératrice du dommage. Or, en matière de mandat

1. Com., 2 nov. 1954 (RTD Com., 55.124, obs. Hémar).

2. Voir n° 44.

3. Paris, 5 déc. 1953 (D., 54.J.315).

4. H. et L. Mazeaud. Traité théorique et pratique de responsabilité civile, I, n° 15.2. — H. Mazeaud. L'« absorption » des règles juridiques par le principe de la responsabilité civile. DH.35. Chr. 5.

5. Dans certaines décisions, l'idée de faute est sans aucun doute absente. Req. 21 mars 1910 (S. 13.1.297, note Naquet). — Req. 4 et 11 mai 1936 (RTD Civ., 36.873, obs. Demogue).

apparent, le dommage subi par les tiers ne provient-il pas surtout de l'insolvabilité du pseudo-mandataire ? Pour qu'il en soit autrement, il faudrait que les tiers aient traité dans la considération exclusive de la personne du mandant apparent et de sa solvabilité. Une telle preuve n'étant pas exigée par la jurisprudence¹, cela exclut l'application orthodoxe des règles de la responsabilité civile.

La notion de faute n'explique rien. Elle constitue un artifice technique par lequel la jurisprudence cherche à s'appuyer sur la base solide de l'art. 1382. L'explication véritable, il faut la rechercher dans le contenu de ce que la jurisprudence appelle « faute » : c'est parce qu'une apparence a été créée que les tiers de bonne foi méritent protection. Le but des tribunaux, quand ils condamnent le mandant apparent, n'est certainement pas de sanctionner la faute de ce dernier ; ce but est de protéger les tiers qui ont été trompés par l'apparence. On en revient finalement à un risque couru par le mandant apparent, idée qui explique l'obligation issue de l'apparence².

Seule, donc, l'apparence permet d'expliquer les diverses solutions que nous allons dégager. Seule elle rend compte de la nécessité des trois éléments constitutifs (élément caché, élément visible, élément psychologique), qui se trouvent dans les deux catégories de mandat apparent³ :

— ou bien aucun mandat n'existe : une personne qui n'est pas mandataire en réalité, paraît l'être aux yeux des tiers ; l'apparence porte alors sur la personne de ce faux mandataire ;

— ou bien un mandat existe réellement, mais un acte, accompli en réalité en dehors de ce mandat, paraît y rentrer ; c'est alors sur cet acte que porte l'apparence.

SECTION I. — APPARENCE QUANT A LA PERSONNE DU MANDATAIRE

57 — Une personne paraît agir pour le compte d'une autre, alors qu'en réalité aucun contrat de mandat n'est intervenu entre ces deux personnes. Le comportement du pseudo-mandataire crée une apparence de mandat, et cette situation est de nature à tromper les tiers. Ces derniers, s'ils sont de bonne foi, peuvent réclamer au mandant apparent l'exécution des contrats qui ont paru conclus en son nom. Cela suppose la réunion des trois éléments constitutifs de l'idée d'apparence :

1. Si l'on confond cette preuve avec celle de la bonne foi, on ne comprend pas en vertu de quel principe la charge en est renversée.

2. Voir nos 11 et s.

3. Sur cette distinction, voir : Demogue, *Traité des obligations*, I, n° 100. — Weill, *La relativité des conventions*, n° 340.

- l'élément caché qui est la réalité et qui consiste dans l'absence de mandat ;
- l'élément visible, qui consiste en une apparence de mandat ;
- l'élément psychologique, ou la bonne foi, c'est-à-dire l'ignorance par les tiers de la réalité.

PARAGRAPHE I. — L'ÉLÉMENT CACHÉ

Les règles de l'apparence protègent les tiers qui ont été trompés. Cela suppose donc l'ignorance par ces tiers d'un état de chose véritable, qui est l'élément caché. Lorsque l'apparence porte sur la personne du mandataire, cet élément consiste en l'absence de tout mandat : une personne qui paraît un mandataire, ne l'est pas en réalité.

Une telle situation peut se rencontrer dans les nombreux cas où le droit commercial utilise la technique du mandat, et notamment en matière de société, à propos des gérants de fait. Il faut cependant exclure de notre propos l'hypothèse du gérant d'une société apparente, hypothèse que l'on a voulu quelquefois faire entrer dans la notion du mandat apparent¹. Cette assimilation procède d'une confusion : la société est alors tenue parce qu'elle est apparente, et non parce qu'une personne a paru être son gérant. La notion de mandat apparent doit se limiter aux hypothèses dans lesquelles une personne paraît agir au nom d'une autre personne véritable.

L'absence de mandat peut être absolue ; nous parlerons alors d'une inexistence. L'absence de mandat peut aussi résulter d'une nullité : les parties ont voulu conclure un contrat de mandat, mais ce contrat se trouve privé de tout effet par suite d'une cause de nullité.

A. — *Inexistence du mandat.*

58 — Il est possible que, malgré l'apparence contraire, aucun lien de mandant à mandataire n'existe entre deux personnes. Une telle hypothèse est consacrée en droit civil par les art. 2005, 2008 et 2009 du c. civ., qui rendent opposables au mandant les actes passés avec des tiers de bonne foi par un mandataire révoqué. En droit commercial, l'application de l'idée d'apparence ne doit pas se limiter à l'hypothèse dans laquelle le mandat, après avoir existé, est venu à expiration. Il faut aussi envisager ce cas où le mandat n'a jamais existé et où, cependant, une personne s'est présentée aux tiers comme mandataire. Les tiers trompés par l'apparence peuvent ignorer l'inexistence du mandat, et considérer le faux mandant comme obligé par les actes de son mandataire apparent. Après quoi, celui-ci est évidemment responsable envers celui-là du dommage qu'il lui a causé en paraissant agir en son nom.

1. Laurent, *op. cit.*, n° 98.

L'inexistence non apparente du mandat est concevable dans n'importe quelle relation entre deux commerçants¹. Il peut notamment se faire qu'une personne, agissant en réalité en tant que prête-nom ou que commissionnaire, paraisse aux yeux des tiers agir en tant que mandataire. Les tiers sont alors trompés ; ils croient que le donneur d'ordre ou le commettant avait l'intention de s'engager personnellement. Il faut, à notre avis, permettre à ces tiers d'agir contre le faux mandant si les conditions de l'apparence se trouvent réunies.

Mais l'inexistence non apparente du mandat prend une importance plus grande et reçoit une application plus fréquente dans trois sortes d'hypothèses : lorsque le faux mandat a paru être donné par une société, par un propriétaire de fonds de commerce ou par un propriétaire de navire.

a) *Inexistence du mandat donné par une société.*

59 — En matière de société, la notion de mandat apparent reçoit une application particulièrement fréquente, car les personnes morales ne peuvent agir que par l'intermédiaire de représentants. Certaines situations sont donc propres à tromper les tiers ; mais, suivant le cas, la jurisprudence est plus ou moins encline à appliquer les règles de l'apparence.

60 — Elle les applique volontiers lorsque le mandat, après avoir existé, est venu à expiration, car elle invoque alors les art. 2005, 2008 et 2009 c. civ. Certaines causes² mettent fin en droit aux fonctions de gérant ou d'administrateur : l'expiration du temps pour lequel cette personne avait été désignée, son interdiction, sa faillite, et surtout sa révocation³ ou sa démission. Il est possible qu'après la survenance d'un tel événement, le gérant ou l'administrateur continue de s'occuper comme par le passé des affaires de la société, et conserve ainsi l'apparence de ses pouvoirs, à défaut de leur réalité. La société est alors tenue par les actes de son ancien gérant ou administrateur, malgré l'inexistence du mandat⁴.

1. Ainsi, un propriétaire d'entreprise est engagé par les actes d'une personne qui se fait passer pour son directeur technique, Req. 14 janvier 1920 (S. 20.1.272), ou pour son directeur commercial, Paris, 8 nov. 1957 (RTD Com., 58.353, obs. Becque-Cabrillac).

2. Nous laissons de côté le décès du gérant, qui met fin à ses fonctions non seulement en droit, mais encore en fait, et qui ne peut donc donner lieu à une apparence contraire.

3. Voir, notamment : Solus. Portée et effet de la révocation du gérant d'une S.A.R.L., JCP., 1944.1.437. — Auteserre. Chronique au D., 1957.21. — Escarra et Rault, I, n° 410 a.

4. Après l'expiration du temps pour lequel le mandataire avait été désigné : Giverdon, v° Conseil d'administration au RD Sociétés, n° 80. Après révocation : Req. 23 fév. 1944 (S. 46.2.9). — Chéron, note sous Rennes, 10 juillet 1932 (D., 35.2.67). Après démission : Req., 5 juin 1934 (GP., 34.2.402).

Pour qu'il en soit ainsi, il faut que la cessation des fonctions ait été cédée aux tiers. Une telle exigence, posée par l'art. 2005 c. civ. et appliquée de façon générale par la jurisprudence¹, découle logiquement de l'idée d'apparence : en matière de société, cette idée n'est donc pas applicable si la cessation des fonctions a été publiée. Dans l'hypothèse du gérant statutaire, la publicité résulte de la modification des statuts déposés au greffe du tribunal de commerce et de celle de l'immatriculation au registre du commerce. Dans les autres hypothèses, les tiers peuvent être avertis par une insertion dans les journaux d'annonces légales². C'est seulement à défaut de cette publicité que la cessation des fonctions est cachée et que les tiers sont en droit de l'ignorer. Pour la jurisprudence, selon le raisonnement que nous avons critiqué³, le défaut de publicité constitue une faute dont l'ancien mandant doit réparation.

61 — A un stade plus poussé, le mandat n'a pas seulement disparu, il n'a *jamais existé* : une personne paraît agir au nom d'une société alors qu'elle n'a jamais reçu aucun pouvoir à cet effet. La jurisprudence est alors beaucoup plus réticente à tirer les conséquences de l'apparence, car celles-ci vont directement à l'encontre des principes généraux du mandat. Un arrêt récent⁴ a cependant déclaré une société tenue par les actes d'une personne qu'elle n'avait jamais chargé de la représenter, mais qui revêtait aux yeux des tiers l'apparence d'un gérant. Il n'y a pas de raison de limiter une telle solution, car la protection des tiers de bonne foi est toujours aussi impérieuse, quelle que soit la cause de l'inexistence du mandat. Cette protection doit amener à considérer la société comme engagée par les actes d'un faux gérant ou administrateur chaque fois qu'une apparence a été de nature à tromper les tiers. On aboutit notamment à cette conséquence qu'un commanditaire, en s'immisçant dans la gestion de la société, peut engager envers les tiers non seulement sa responsabilité personnelle, mais encore, si les conditions du mandat apparent sont réunies, celle de la société.

b) *Inexistence du mandat donné par un propriétaire de fonds de commerce.*

62 — On sait que le gérant salarié d'un fonds de commerce est considéré comme le mandataire du propriétaire⁵. Il est donc possible qu'une personne paraisse gérer un fonds de commerce au nom et pour le compte du propriétaire, alors qu'il n'en est rien. On pourrait à la rigueur concevoir une telle situation en l'absence

1. Par exemple : Poitiers, 9 mai 1928 (GP., 28.2.109).

2. Escarra et Rault, I, n° 410 a.

3. Voir n° 56.

4. Paris, 5 déc. 1953 (D., 54.J.315).

5. Cohen, II, n° 978. Le contrat de gérance salariée s'analyse à la fois en un contrat de travail et en un mandat.

de tout lien juridique entre le propriétaire du fonds et le mandataire apparent : il faudrait supposer qu'un individu se mette à exploiter un fonds de commerce à l'insu du propriétaire. Il s'agit là d'une hypothèse d'école, car on voit mal comment la même personne pourrait à la fois cacher son activité au propriétaire et l'exercer au su des tiers.

63 — Pleine d'intérêt est en revanche l'hypothèse dans laquelle le mandataire apparent est lié au propriétaire par un contrat qui n'est pas celui du mandat, mais celui de la location-gérance. Le locataire gérant, ou gérant libre, exploite le fonds en son nom et pour son propre compte ; à la différence du gérant salarié, il n'est pas le mandataire du propriétaire du fonds. Il peut cependant le paraître aux yeux des tiers, car l'activité d'un gérant libre est identique à celle d'un gérant salarié¹. Or, il est très important pour le crédit commercial que les tiers, traitant avec l'exploitant d'un fonds, puissent compter dans leur gage général cet élément important qu'est le fonds de commerce.

Aussi, la jurisprudence a rendu dans certains cas opposables au propriétaire les actes passés par le gérant libre, mandataire apparent. Et la législation récente sur la location-gérance a généralisé cette solution. Comme nous le verrons², seule la protection des tiers trompés par l'apparence permet d'expliquer que le propriétaire du fonds soit tenu par les actes d'une personne à laquelle il n'a conféré aucun mandat. Il importe peu que le propriétaire ait connu ou non les actes accomplis par le mandataire apparent, car ces actes rentrent normalement dans les attributions d'un gérant libre et leur connaissance par le propriétaire ne peut donc équivaloir à un mandat tacite ou à une ratification. De toute façon, le mandat est inexistant.

64 — Mais, pour que cette inexistence soit cachée, il est indispensable que la location-gérance n'ait pas été publiée. Avant 1953, aucune publicité légale n'était organisée ; l'usage s'était établi de porter la location-gérance à la connaissance des tiers par une insertion dans un journal d'annonces légales du lieu où s'exploitait le fonds. A défaut de cette insertion, et aussi à défaut de déclaration au registre du commerce³, la jurisprudence⁴ considérait le propriétaire comme engagé par les actes de son gérant libre. Il est vrai que les juges ne fondaient pas leurs décisions sur la théorie de l'apparence, mais sur la faute que commettait le propriétaire en omettant d'avertir les tiers⁵. Comme nous l'avons dit⁶,

1. Voir n° 82.

2. Voir nos 86 et s.

3. Comm., 4 janvier 1958 (JCP., 58.IV.21).

4. Par exemple : Amiens, 8 mai 1934 (S., 34.2.171, note H.R.). — Rouen, 24 fév. 1937 (R. des F. de C., 1937.192). — Civ., 26 juin 1944 (D., 45.J.141, note C.R.).

5. Cohen, n° 1032.

6. Voir n° 56.

c'est là un artifice technique, mais non une explication véritable¹ : le propriétaire est engagé parce que les tiers ont pu légitimement ignorer l'existence de la location-gérance, et donc légitimement croire à l'existence d'un mandat. Cette ignorance et cette croyance corrélatives cessent d'être légitimes si la réalité a été régulièrement publiée.

De toute façon, le recours à l'idée de faute est devenu inutile depuis que la législation récente a d'une part organisé la publicité de la location-gérance, et d'autre part consacré expressément l'engagement du propriétaire par les actes de son locataire-gérant.

Les décrets éphémères des 22 et 30 septembre 1953 avaient institué un système inattendu et critiquable. Jusqu'à la publicité, le propriétaire était responsable sur tout son patrimoine, solution conforme à l'idée d'apparence. Après la publicité, le propriétaire n'était plus responsable que jusqu'à concurrence de la valeur du fonds, solution contraire à la jurisprudence antérieure et explicable seulement par une idée d'entreprise ou de communauté d'exploitation².

La loi du 20 mars 1956 est revenue à un système plus logique. Ar. 8: « Jusqu'à la publication du contrat de location-gérance et » pendant un délai de six mois à compter de cette publication, le » loueur (propriétaire) du fonds est solidairement responsable » avec le locataire gérant des dettes contractées par celui-ci à » l'occasion de l'exploitation du fonds ». Avant la publicité, par conséquent, le propriétaire est engagé sur tout son patrimoine, il est un mandant apparent, puisque la réalité (location-gérance) est cachée aux tiers. Six mois après la publicité, le propriétaire est dégagé de toute obligation, car la réalité n'est plus cachée.

Seule ne cadre pas parfaitement avec l'idée d'apparence, semble-t-il, la responsabilité indéfinie du propriétaire pendant les six mois qui suivent la publicité. L'apparence ne commanderait-elle pas que le propriétaire cesse d'être engagé dès que la réalité cesse d'être cachée, c'est-à-dire dès l'accomplissement de la publicité ?

Il n'est cependant pas impossible d'expliquer le délai de six mois. La réalité ne cesse véritablement d'être cachée que lorsque les tiers ont pris l'habitude de considérer le locataire-gérant pour ce qu'il est réellement, habitude qui se trouve prise au bout d'un certain délai après la publicité. Il y a là certainement une marque de défiance à l'égard des mesures de publicité, insuffisantes à

1. Cette explication avait en cette matière d'autant moins de valeur que la publicité n'était exigée par aucune prescription légale : son omission constituait-elle bien une faute ? V. Raynaud. Le contrat de location d'un fonds de commerce. R. Crit. de lég. et de jur., 1936.589.

2. Voir n° 85. Il est curieux de constater que certains tribunaux ont éprouvé le besoin d'appuyer sur une idée de faute les décisions prises en application des décrets de 1953. T. Com. Dijon, 7 fév. 1956 (D., 56.J.300).

constituer une connaissance totale et immédiate¹. En élargissant la définition de l'élément caché, le législateur a voulu protéger le plus grand nombre de tiers et par là favoriser le crédit.

c) Inexistence du mandat donné par un propriétaire de navire.

65 — Une autre application notable du mandat apparent se rencontre en droit maritime. Le capitaine du navire se trouve être le mandataire de l'armateur pour certains actes relatifs à l'exploitation maritime². Mais le mandant n'est pas nécessairement le propriétaire, car le navire peut avoir été affrété suivant l'un des nombreux procédés possibles (affrètement coque nue, affrètement par charte-partie, gérance)³. Dans ces hypothèses, c'est l'affrèteur qui est le mandant véritable et qui donc devrait être engagé lorsque le capitaine, jouant son rôle commercial, agit dans la limite de ses pouvoirs de mandataire. Pourtant, l'art. 216 du c. com. dispose que tout propriétaire de navire est tenu des engagements contractés par le capitaine à propos de l'expédition, sans distinguer si le navire est exploité par le propriétaire ou s'il a été affrété⁴.

Ce texte est à rapprocher de la législation de 1953 et 1956 relative à la responsabilité du propriétaire du fonds de commerce. Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de favoriser le crédit en protégeant les tiers trompés par l'apparence : de la même manière que ceux du gérant de fonds de commerce, les créanciers de l'affrèteur du navire peuvent inclure dans leur gage l'objet de l'exploitation, le navire. Une telle solution s'explique par les règles du mandat apparent ; le capitaine agit en réalité pour le compte de celui dans l'intérêt duquel a lieu l'expédition maritime, mais, aux yeux des tiers, il paraît agir pour le compte du propriétaire du navire. Ce dernier, bien qu'il n'ait donné aucun mandat, doit être engagé en raison de l'apparence créée.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'Aix⁵ a déclaré le propriétaire d'un navire responsable envers le chargeur d'un vice d'arrimage. De même, un arrêt de la Cour de Rouen⁶ a considéré le propriétaire comme responsable des avances faites, en cours d'escale, par un courtier maritime au capitaine. Dans ces deux espè-

1. Cf. n° 35.

2. Cette application de l'apparence se fait de plus en plus rare à mesure que le rôle commercial du capitaine s'efface devant son rôle technique.

3. Valin. Commentaire de l'Ordonnance de la Marine, I, p. 639. — Ripert, Droit maritime, II, n°s 1364 et s.

4. V. notamment : Bion Smyrniadis, De la responsabilité du propriétaire de navire à propos des engagements contractuels du capitaine en cas d'affrètement à un tiers. Gaz. des trib. mixtes d'Egypte, 1929, 239.

5. Aix, 25 mai 1916 (D., 19.2.65, note H. Aubrun).

6. Rouen, 20 nov. 1930 (inédit).

ces, le navire était affrété et aucun lien de mandant à mandataire n'existait donc entre le propriétaire du navire et le capitaine.

L'affrètement du navire constitue nécessairement un élément caché¹, car la publicité d'un tel contrat n'est pas organisée, à la différence de celle du contrat de location-gérance. Ni les registres des sociétés de classification (Lloyd, Veritas), ni l'immatriculation en douane, ni l'acte de francisation ne portent trace de l'affrètement consenti par le propriétaire, si bien que les tiers sont toujours en droit d'ignorer la réalité et qu'on ne peut concevoir une discrimination dans le temps analogue à celle qu'opère la loi de 1956 à propos de la location-gérance.

B. — *Nullité du contrat.*

66 — Sans être inexistant, le mandat peut être nul : deux personnes ont voulu créer entre elles des rapports de mandant à mandataire, mais leur volonté a manqué son but, en raison d'un vice de nullité. Cette situation peut rester cachée sous un élément visible contraire et peut donc donner lieu à l'application des règles du mandat apparent, les tiers de bonne foi étant admis à ignorer la nullité et à considérer le mandant comme engagé par les actes du mandataire. Une fois que les tiers ont exercé leur recours contre le mandant, celui-ci peut évidemment se retourner contre son mandataire apparent pour lui demander réparation du préjudice causé. De telles possibilités n'existent qu'avant le jugement d'annulation, car, après ce jugement, la nullité cesse d'être cachée et par conséquent le mandat d'être apparent. En somme, l'idée d'apparence vient atténuer la rétroactivité de la nullité, exactement comme en matière de société.

Mais les règles du mandat apparent ne sont pas dégagées de façon tout à fait générale. Dans une matière — celle où le mandat est donné par une société — la jurisprudence les applique couramment, comme nous le verrons d'abord. Nous chercherons ensuite s'il faut généraliser ces solutions et les admettre en dehors du droit des sociétés.

a) *Nullité du mandat donné par une société.*

67 — Le terrain d'élection du mandat nul, mais apparent, se trouve dans le droit des sociétés. En cette matière en effet, le mandat perd dans une mesure son caractère contractuel, il devient institutionnel, ce qui a provoqué la multiplication des causes de nullité. A côté de celles de droit commun, il en est qui sanctionnent l'inobservation des diverses règles légales spéciales à la gérance

1. Cela ne veut pas dire que les tiers sont dans l'impossibilité absolue de connaître l'affrètement, cela veut dire seulement qu'un individu moyen est en droit d'ignorer l'affrètement. Comme nous le verrons, les tiers de mauvaise foi ne peuvent agir contre le propriétaire (n° 94).

ou à l'administration¹. Ce sont ces nombreuses irrégularités qui ont donné lieu à la jurisprudence sur la « gérance de fait »² : la personne qui se comporte en fait comme un gérant doit, malgré la nullité, engager la société par ses actes.

68 — La théorie du mandat apparent trouve d'abord à s'appliquer lorsque les associés ont contrevenu aux règles de nomination du gérant ou des administrateurs, et lorsque cependant ces personnes ont exercé normalement leurs fonctions. Il faut laisser de côté l'hypothèse dans laquelle la désignation du mandataire est faite dans les statuts, car la nullité de la désignation se confond alors avec celle des statuts et, partant, de la société tout entière. La nomination peut, en revanche, être nulle de façon autonome dans tous les cas où elle intervient en dehors des statuts.

La validité de ces nominations extra-statutaires dépend, en effet, de certaines conditions de vote. Dans les sociétés de personnes, le gérant doit être nommé à l'unanimité³, sauf si une clause des statuts confère le droit de décision à la majorité. Dans les sociétés anonymes, le conseil d'administration est élu à la majorité des voix des actionnaires présents, cette majorité devant représenter au moins le quart des actionnaires détenant le quart du capital social (loi de 1867 art. 4). Dans les sociétés à responsabilité limitée, la nomination du gérant est faite à la majorité, représentant plus de la moitié du capital social, et, si elle ne peut être atteinte, à la majorité simple sur une seconde élection (loi de 1925, art. 27). Si l'une de ces conditions de vote fait défaut⁴, si par exemple le conseil d'administration d'une société anonyme est élu à une majorité qui représente moins du quart du capital social, la nomination est nulle. Mais, avant le jugement d'annulation, il y a là un élément caché que les tiers sont en droit d'ignorer ; si par conséquent le gérant ou les administrateurs indûment nommés ont exercé leurs fonctions, ils ont engagé la société envers les tiers de bonne foi.

69 — Les règles d'élection étant observées, la nomination du gérant ou des administrateurs peut encore être nulle pour incapacité ou indignité de la personne désignée. L'incapacité de droit commun est celle d'accomplir des actes juridiques, mais non celle d'être commerçant. Ce sont surtout les incapacités et déchéances spéciales au droit des sociétés qui donnent lieu à l'application de la théorie du mandat apparent.

1. C'est une distinction identique que nous retrouverons à propos de la nullité de la société elle-même. V. n^{os} 143 et s.

2. Escarra et Rault, I, n^o 419. — Gain et Delaisi. Les S.A.R.L., n^o 63.

3. En ce sens : Escarra et Rault, I, n^o 226. — Escarra, n^o 606. — Ripert, n^o 737, Contra : Thaller et Pic, I, n^o 446. — Lyon-Caen et Renault, II, n^o 252.

4. Nous n'avons pas à examiner le cas où l'assemblée ne serait pas régulièrement tenue, car ce ne serait pas seulement la nomination qui serait nulle, ce serait la société elle-même (L. de 1867, art. 41).

Le décret-loi du 8 août 1935 a édicté, pour toutes les sociétés, des interdictions de gérer et d'administrer. Les unes sont de plein droit et résultent de certaines condamnations (tous les crimes et les délits énumérés par la loi). Les autres sont facultativement prononcées par le tribunal de commerce à l'encontre du gérant ou de l'administrateur qui aurait commis une faute lourde dans la gestion d'une société tombée en faillite. De ces interdictions doivent être rapprochées les incompatibilités posées par les règlements particuliers de certaines professions (notaire, avocat, etc...).

Il est donc possible que les associés désignent une personne incapable ou indigne. Faisant application de l'idée d'apparence, la jurisprudence considère que les actes passés par cette personne demeurent valables et obligent la société¹. Il faut en décider de même dans l'hypothèse où une cause d'incapacité ou d'indignité viendrait frapper un mandataire en exercice.

Mais l'apparence ne se conçoit qu'à l'égard des tiers. Dans les rapports entre les associés et le mandataire de la société, la réalité reprend tous ses droits. Ainsi s'explique notamment un arrêt de la Cour de Cassation² qui a déclaré irrecevable l'appel formé au nom de la société par un administrateur déchu ; on ne saurait dans une pareille hypothèse invoquer l'apparence, puisque les tiers n'ont aucun bénéfice à retirer de la recevabilité de l'appel.

70 — Il est enfin possible que le mandat conféré par la société soit nul en raison de l'existence d'un véritable gérant ou administrateur dont les fonctions n'avaient pas pris fin.

Dans une première hypothèse, les associés, pensant qu'un premier mandat est expiré désignent eux-mêmes le faux gérant ou administrateur. Cela se produira le plus souvent à propos des sociétés à responsabilité limitée, lorsqu'une décision de révocation prise par les sociétés est ensuite annulée par le tribunal : le gérant indûment révoqué est rétroactivement replacé à la tête de la société³, mais les actes accomplis par le gérant indûment nommé en remplacement obligent la société en vertu de la théorie du mandat apparent⁴.

Dans une autre hypothèse, c'est un gérant ou administrateur véritable qui délègue illégalement ses pouvoirs à une autre personne. Cette dernière prend alors aux yeux des tiers l'apparence d'un mandataire, et oblige la société par ses actes malgré la nullité du mandat ; la délégation de tous les pouvoirs confère la qualité de gérant de fait. Avec les effets à l'égard des tiers, il ne faut

1. Escarra et Rault, I, n^{os} 396 et 419. — Crim., 3 fév. 1944 (S., 44.1.81). — Paris, 21 janvier 1948 (GP., 48.1.158).

2. Civ., 18 nov. 1947 (D., 48.J.42).

3. Au moins dans l'opinion courante : selon certains, la décision de justice n'aurait pas d'effet rétroactif, ce qui éviterait le recours à l'idée d'apparence. Voir req. 23 fév. 1944 (J. des S., 45.130).

4. Escarra et Rault, I, n^o 410 b.

pas confondre ceux entre parties à propos desquels se pose la question controversée de la validité ou de la nullité de pareilles délégations de pouvoir ¹.

b) *Nullité du mandat en dehors du droit des sociétés.*

71 — La jurisprudence ne paraît pas avoir eu à se prononcer, en dehors du droit des sociétés, sur l'existence d'un mandat apparent malgré sa nullité. La question est en effet appelée à se poser beaucoup moins fréquemment lorsque le mandat ne revêt plus son caractère statutaire : la nullité empêche alors le plus souvent le mandat d'avoir une existence apparente. Mais cette constatation n'a rien d'absolu, et on peut se demander s'il n'y a pas lieu d'appliquer l'idée d'apparence lorsque la nullité du mandat a laissé place à un élément visible contraire. Pour répondre à cette question, il faut distinguer suivant les causes de nullité.

72 — Un mandat peut d'abord être nul pour cause ou objet illicites. Dans cette hypothèse, il ne paraît pas que la théorie du mandat apparent puisse jouer, car ce n'est pas seulement le mandat qui est nul, c'est aussi l'acte intervenu entre le mandataire et le tiers. Un mandat n'est illicite que s'il a pour but de faire accomplir par le mandataire des actes illicites ; le mandat d'acheter une maison de tolérance, par exemple, est illicite parce que cet achat est illicite. Dès lors, les tiers ne peuvent pas se prévaloir de l'apparence pour conserver le bénéfice du contrat conclu avec le mandataire, car ce contrat est lui-même nul et les tiers ne méritent aucune protection.

Une autre cause de nullité doit exclure, pour des raisons différentes, l'application du mandat apparent. Il s'agit de l'incapacité du mandant. La protection des tiers trompés par l'apparence est alors primée par celle de l'incapable ; on ne peut considérer comme engagée par les actes de son mandataire apparent une personne qui n'avait pas capacité pour donner mandat. Les tiers, en contractant avec un mandataire, doivent se renseigner sur la personne du mandant, et notamment sur sa capacité ; il y a là un vice relativement facile à connaître, qu'il s'agisse de la minorité, de l'interdiction ou de toute autre cause. On peut donc, sans blesser l'équité, sacrifier les intérêts des tiers de bonne foi à ceux de la personne protégée par la nullité.

73 — Les deux hypothèses précédentes (illicéité du mandat et incapacité du mandant) étant écartées, rien n'empêche l'idée d'apparence de reprendre application dans les autres causes de nullité de droit commun. Sans doute, la jurisprudence ne paraît pas s'être prononcée en cette matière, mais nous pensons que les nécessités du crédit doivent amener à appliquer à toutes sortes de mandats

1. Voir, en faveur de la validité : Comm., 2 déc. 1952 (JCP., 53.II.7529, note Rousseau ; S., 53.I.157, note Azard ; D., 53.J.181, note Copper-Royer).

commerciaux et à toutes sortes de causes de nullité les solutions dégagées à propos des gérants et administrateurs de sociétés.

Il doit en être d'abord ainsi lorsque la nullité provient du vice du consentement de l'une des parties du mandat. Cette solution ne peut faire de doute lorsque c'est le consentement du mandataire qui est vicié ; rien n'empêche alors de considérer les tiers de bonne foi comme créanciers du mandant, puisque celui-ci a pleinement consenti à être représenté. Ainsi, la personne qui aurait été amenée par le dol de son co-contractant à prendre un fonds de commerce en gérance salariée, et qui revêtirait les apparences d'un gérant salarié, doit engager par ses actes le propriétaire du fonds de commerce, malgré la nullité du contrat de gérance.

Il faut à notre avis en décider de même lorsque c'est le consentement du mandant qui est vicié. On pourrait objecter que cette solution est en contradiction avec celle que nous avons dégagée à propos de l'incapacité du mandant : la personne victime d'une erreur, d'un dol ou d'une violence ne mérite-t-elle pas la même protection que l'incapable ? Cette objection est réfutable. Il était possible, dans l'hypothèse de l'incapacité, de sacrifier les intérêts des tiers, car le vice pouvait être connu sans recherches trop compliquées. Les vices du consentement, en revanche, sont très difficiles à déceler, car ils résultent d'une simple comportement psychologique ou de manœuvres que leurs auteurs ont intérêt à cacher ; en cette matière, par conséquent, la protection des tiers de bonne foi est une nécessité impérieuse ; les besoins du crédit doivent, en droit commercial, passer avant les intérêts de la personne dont le consentement a été vicié¹. Il convient donc par exemple de considérer comme engagé par les actes de son gérant-salarié apparent celui qui a donné son fonds de commerce en gérance par suite d'une erreur substantielle. Il va sans dire que les solutions précédentes ne valent que pour la période antérieure au jugement d'annulation.

Les règles du mandat apparent doivent enfin trouver une application lorsque la nullité provient de l'incapacité du mandataire. La protection de l'incapable s'oppose alors à l'engagement de ce dernier, mais ne s'oppose nullement à celui du mandant si les conditions du mandat apparent sont réunies. En supposant, par conséquent, que des tiers aient traité avec un mandataire mineur en ignorant cette incapacité, le mandant doit être engagé exactement comme si le mandat était valable.

PARAGRAPHE 2. — L'ÉLÉMENT VISIBLE

74 — Pour que les tiers soient protégés, il faut que leur erreur ait été motivée par un élément visible suffisant : telle personne paraît mandataire de telle autre, malgré l'inexistence ou la nullité

1. Cette solution est générale et se retrouve par exemple en matière d'effets de commerce. Voir n^{os} 306 et s.

du mandat. L'élément visible suppose donc la réunion des conditions qui se seraient trouvées pareillement réalisées si le mandat avait été existant et régulier. Les tiers peuvent légitimement induire de l'existence des faits celle d'un mandat, car dans la majorité des cas une telle induction est justifiée.

Les faits constitutifs de l'élément visible se décomposent en trois catégories : certains résultent d'un acte formel, propre à faire croire à la conclusion d'un contrat de mandat régulier, d'autres résultent d'une activité matérielle susceptible de faire considérer comme un mandataire la personne qui l'exerce, d'autres enfin résultent de la seule qualité d'une personne, de nature à faire penser aux tiers que cette personne est mandataire d'une autre.

A. — *Élément visible résultant d'un acte formel.*

Le rôle organique que joue le mandat en droit commercial a entraîné cette conséquence que la conclusion d'un tel contrat suppose l'accomplissement d'un certain formalisme. Ce formalisme est normalement la marque d'un mandat régulier. Mais envisageons l'hypothèse exceptionnelle et pathologique dans laquelle cette coïncidence n'existe pas : à l'accomplissement de la forme ne correspond aucun mandat, ou correspond un mandat nul. La forme est alors constitutive d'élément visible et donne lieu à l'application de l'apparence.

75 — En matière de gérance ou d'administration de société, l'élément visible peut résulter de l'acte de nomination. Les tiers, traitant avec telle personne, ont cru traiter avec la société, parce qu'ils ont cru en la régularité de l'acte qui nommait cette personne gérant ou administrateur. La connaissance par les tiers de l'acte de nomination est facilitée par la publicité dont cet acte est l'objet : pour les sociétés de personnes, la désignation du gérant statutaire fait corps avec les statuts et se trouve publiée avec eux ; pour les sociétés anonymes, la publication des noms des administrateurs est obligatoire. Cet acte de nomination, quand il existe, crée donc un élément visible décisif.

Mais cette existence n'est pas indispensable à l'application de l'idée d'apparence. On pourrait songer à soutenir le contraire en ressuscitant la vieille théorie du « titre putatif », en vertu de laquelle le pseudo-mandant ne serait engagé que si son pseudo-mandataire tenait ses pouvoirs d'un titre apparemment régulier¹. Mais une telle exigence ne peut se concevoir qu'en se fondant sur l'adage « error communis facit jus » ; la théorie de l'apparence suppose des conditions moins strictes : il n'est pas nécessaire que l'erreur ait été universelle ou invincible, il suffit qu'elle ait été de

1. Cette théorie a notamment été soutenue à propos de la tutelle apparente. Voir Lory. *Etude sur la tutelle de fait*, p. 147. — Sumien. *Essai sur les tuteurs de fait*. RTD Civ., 1903.788.

nature à être commise par un homme moyen. L'apparence de mandat ne résulte donc pas nécessairement de l'acte de nomination, elle peut naître aussi, comme nous le verrons, de l'activité matérielle du mandataire.

76 — Dans les autres matières où le mandat commercial revêt un caractère institutionnel — exploitation d'un fonds de commerce ou d'un navire — un élément visible résulte de la publicité dont fait l'objet le nom du propriétaire-mandant. Le nom du propriétaire d'un fonds de commerce donné en gérance salariée figure en effet sur le registre du commerce. Dans le cas où cette gérance salariée est inexistante, et recouvre en réalité une gérance libre¹, l'apparence résulte au premier chef de cette inscription au registre du commerce, qui laisse croire aux tiers que le propriétaire est le mandant de l'exploitant ; il en est de même dans le cas où la gérance salariée se trouve nulle pour vice du consentement ou incapacité du gérant². Lorsqu'il s'agit de navire le nom du propriétaire figure sur les registres des sociétés de classification (Lloyd, Veritas), dans l'immatriculation en douane et sur l'acte de francisation qui se trouve obligatoirement à bord ; de cette publicité résulte l'apparence de mandat lorsque le véritable mandant n'est pas le propriétaire du navire, mais son affrèteur³.

77 — Enfin, dans certains cas, l'élément visible peut résulter d'un titre dont la possession fait apparaître la qualité de mandataire. Ainsi, dans les transports de marchandises par chemin de fer, la jurisprudence⁴ considère que la simple détention d'un récépissé ou d'une lettre de voiture signée du destinataire suffit à donner au porteur la qualité de mandataire apparent de ce destinataire ; la livraison de la marchandise au porteur du titre libère donc le transporteur.

Dans cette hypothèse, l'apparence est toujours substituée à la réalité ; bien que résultant de la détention d'un titre elle ne crée pas un droit autonome. La lettre de voiture, en effet, n'est pas présentée par son véritable titulaire (le destinataire qui a signé), mais par une autre personne qui, en raison de cette détention, prend l'apparence du mandataire du destinataire. A l'égard du transporteur, tout se passe comme si un mandat existait véritablement.

B. — *Élément visible résultant de l'activité matérielle du mandataire apparent.*

78 — L'élément visible fondamental est celui qui résulte de l'activité matérielle du mandataire. L'application de l'idée d'apparence suppose en effet qu'une personne se soit comportée comme

1. Voir n° 63.

2. Voir n° 73.

3. Voir n° 65.

4. Civ., 24 juin 1901 (S., 03.1.239).

si elle agissait au nom d'une autre personne. Cette seconde catégorie d'élément visible corrobore la première dans le cas où celle-ci existe : ainsi, la qualité de gérant apparent d'une société dépend non seulement d'un acte de nomination apparemment valable, mais encore d'une activité identique à celle d'un gérant véritable¹. Dans le cas où la première catégorie d'élément visible fait défaut, l'activité matérielle suffit à constituer l'apparence : ainsi la Cour de Paris² a récemment appliqué les règles du mandat apparent à une personne qui se comportait comme un gérant sans jamais avoir été nommée, en droit ni en fait, à cet emploi.

Il faut donc rechercher, pour chaque espèce, si la personne considérée a exercé une activité de nature à lui donner l'apparence d'un mandataire. Suivant les hypothèses, cette recherche est orientée dans deux sens différents : ou bien il s'agit d'établir que l'activité du faux mandataire était conforme aux habitudes professionnelles du mandat considéré, ou bien il faut savoir si cette activité était identique à celle d'un précédent mandataire du même mandant.

a) *Activité matérielle conforme aux habitudes professionnelles.*

79 — Le plus souvent, les tribunaux retiennent que la personne considérée a agi conformément aux usages commerciaux du mandat. On sait la place que le droit commercial réserve aux usages ; ici ils ont pour but de protéger les tiers de bonne foi, et par là de favoriser le crédit. Le public est autorisé à induire la qualité d'une personne de l'observation par celle-ci des usages qui caractérisent cette qualité. En évitant les recherches trop compliquées sur l'existence et la validité du mandat, on satisfait les besoins de rapidité ; en rendant le pseudo-mandant responsable, on satisfait les besoins du crédit.

Une société de fabrication d'automobiles, par exemple, a été déclarée obligée par les actes d'une personne qui se présentait aux tiers comme son représentant et qui agissait comme tel, si bien que sa qualité de mandataire « ne faisait doute pour aucun de ceux qui ont été en relations avec lui »³. Plus récemment, une société a été condamnée à payer le prix de tissus achetés, apparemment en son nom, par une personne qui avait accès à ses magasins, qui y réceptionnait les marchandises et qui disposait de son cachet commercial⁴. Plus généralement, une personne prend l'apparence d'un mandataire chaque fois qu'elle agit selon les habitudes professionnelles de la catégorie considérée⁵. Un élément visible est donc

1. Giraut, op. cit., p. 20.

2. Paris, 5 déc. 1953 (D., 54.J.315).

3. Crim., 3 mars 1923 (DP., 23.1.250 ; RTD Civ., 23.771, obs. Demogue).

4. Paris, 5 déc. 1953 (préc.).

5. Paris, 8 nov. 1957 (RTD Com., 58.353, obs. Becque-Cabrillac).

rendu possible par le caractère professionnel du mandat commercial ; les mêmes solutions ne pourraient se concevoir en droit civil.

Il est vrai, que dans les espèces que nous avons citées, la jurisprudence évite soigneusement de se fonder sur l'apparence. Elle préfère invoquer la faute commise par le mandant en créant, ou en laissant se créer, un élément visible contraire à la réalité. Ainsi, la Cour de Paris¹ retient l'imprudence grave commise par une société en permettant à une personne d'avoir accès à ses magasins, d'y réceptionner les marchandises, et de disposer de son cachet commercial. Nous avons dit² ce qu'il fallait penser d'une telle conception. L'explication véritable se trouve dans l'apparence créée et non dans la faute commise : il s'agit de protéger les tiers, qui sur la foi des habitudes commerciales, ont cru à l'existence d'un mandat. Il s'agit par là de satisfaire les besoins propres du droit commercial.

b) Activité matérielle conforme à une activité antérieure.

80 — Quelquefois, les tribunaux n'ont pas besoin de se référer aux habitudes de la profession pour savoir si la personne considérée agissait comme aurait agi un mandataire. Il peut en effet leur suffire de comparer l'activité matérielle de cette personne avec celle exercée précédemment par un mandataire véritable.

Ainsi, lorsqu'un gérant de société continue, après sa révocation à administrer la société³, il suffit d'établir que le comportement de cette personne n'a pas été modifié par la révocation intervenue ; c'est en effet à cette condition que les tiers peuvent légitimement se tromper et considérer le gérant révoqué comme un mandataire apparent⁴. Une agence de voyage, par exemple, a été déclarée responsable des actes d'un ancien employé révoqué, lorsque celui-ci continue à agir comme par le passé, et notamment à porter les signes distinctifs de ses fonctions (brassard et casquette)⁵. De même si une personne a été nommée indûment à la place d'un gérant dont les fonctions n'ont pas pris fin⁶, cette personne est aux yeux des tiers le mandataire apparent de la société à condition que ses activités soient identiques à celles du gérant véritable qui l'avait précédé⁷. De manière générale, il en est ainsi chaque fois que le mandat apparent succède à un mandat véritable donné par la même personne.

81 — On pourrait penser que, dans ces hypothèses, la notion d'apparence est inutile et que l'engagement du mandant peut se

1. Paris, 5 déc. 1953 (préc.).

2. Voir n° 56.

3. Voir n° 60.

4. Req. 23 fév. 1944 (S., 46.2.9, note Lagarde).

5. Jugement du T. Comm. de Reims à la GP., 13.1.199.

6. Voir n° 70.

7. Escarra et Rault, I, n° 410 b.

fonder sur la théorie de la gestion d'affaires. Déployer une activité conforme à celle du mandataire réel, n'est-ce pas gérer l'affaire du mandant apparent ? Dans cette opinion, l'engagement du mandant proviendrait donc de sa représentation véritable par une personne qui n'est pas valablement mandataire, mais qui conserve cependant la qualité de gérant d'affaire.

Une telle conception est peut-être valable dans certaines hypothèses. La jurisprudence elle-même ne fait pas une distinction nette, à propos des gérants de fait d'une société, entre les conséquences qui sont redevables de l'apparence et celles qui le sont de la gestion d'affaire. Mais cette dernière théorie ne saurait en aucune façon se substituer à celle de l'apparence pour expliquer toutes les solutions que nous avons dites¹. On ne comprendrait pas alors pourquoi les tribunaux exigent que le faux mandataire se comporte aux yeux des tiers de la même façon que le mandataire véritable à qui il succède ; la gestion d'affaire ne suppose pas l'existence d'un élément visible, elle ne suppose pas que les tiers aient eu des raisons de croire en l'existence d'un mandat régulier.

Pour les mêmes raisons, il faut rejeter la théorie qui prétendrait fonder l'engagement du mandant apparent sur une idée de mandat tacite² ; du moment qu'il n'a rien fait pour empêcher la mandataire d'agir, le mandant apparent deviendrait dans cette opinion un mandant véritable, car il aurait tacitement donné pouvoir de le représenter. Comme la précédente, cette théorie ne peut pas s'appliquer à toutes les hypothèses ; bien souvent, en effet, le mandant apparent a ignoré l'acte accompli en son nom et ne peut donc avoir consenti, même tacitement, à être représenté. On ne comprendrait toujours pas, s'il y avait mandant tacite, pourquoi les tribunaux exigent une apparence ; même non apparent, le mandat tacite devrait produire tous ses effets.

L'exigence d'un élément visible, de même que celle de la bonne foi, ne peuvent se concevoir que sous le jour de l'idée d'apparence : le faux mandant est engagé, non parce qu'il a été véritablement représenté, mais parce que, aux yeux des tiers, il a paru être représenté

B. — *Élément visible résultant de la qualité véritable du mandataire apparent.*

82 — L'élément visible ne nécessite aucune recherche de la part des juges lorsqu'il résulte de la qualité véritable du mandataire apparent. Il suffit alors d'établir cette qualité (ce qui ne fait jamais de difficulté) pour établir du même coup l'existence de l'élément visible. Mais cette catégorie d'élément visible n'est au fond pas différente de la précédente : si une simple qualité donne l'ap-

1. Voir la critique de Leauté à la RTD Civ., 1947-288 (I-B).

2. Voir la critique de Leauté à la RTD Civ., 1947-288 (I-B).

parence d'un mandataire, c'est que cette qualité implique nécessairement une activité matérielle conforme à celle d'un mandataire réel.

Il en est d'abord ainsi lorsque le mandataire apparent est en réalité locataire-gérant d'un fonds de commerce¹. Un locataire-gérant déploie en effet la même activité qu'un gérant salarié : comme lui, il entre en rapport avec les clients et les fournisseurs, il rédige la correspondance commerciale, en un mot il exploite le fonds. Sa seule qualité suffit donc à lui conférer l'apparence d'un gérant-salarié, et partant celle d'un mandataire du propriétaire.

Dans une seconde hypothèse, le mandataire apparent est un capitaine de navire². Celui-ci, en raison de sa qualité, est amené à contracter des engagements à propos du navire et de l'expédition. Il le fait toujours de la même manière, que le navire soit affrété ou non. Si, donc, un affrètement est intervenu à l'insu des tiers, ces derniers peuvent légitimement croire que le capitaine agit pour le compte du propriétaire.

Dans les deux hypothèses précédentes, par conséquent, la seule qualité d'une personne suffit à lui conférer l'apparence d'un mandataire. Mais cette idée est loin d'être unanimement admise. Nous allons d'abord chercher à montrer l'insuffisance des diverses théories avancées pour expliquer l'engagement du propriétaire. Nous dirons ensuite les raisons qui nous poussent à considérer la qualité de locataire-gérant ou celle de capitaine comme constitutives d'apparence.

a) *Insuffisance des diverses théories émises.*

Nous avons déjà vu³ que la jurisprudence antérieure à 1953 fondait l'engagement du propriétaire de fonds de commerce sur la faute commise par lui en cachant la réalité aux tiers. Nous allons étudier ici trois théories différentes qui cherchent à expliquer cet engagement par la qualité de la personne avec qui les tiers ont traité, mais en niant que cette qualité soit constitutive d'apparence.

83 — Une première opinion fonde l'obligation du propriétaire de fonds de commerce et celle du propriétaire de navire sur *l'enrichissement sans cause* que ces personnes tireraient de l'exploitation de leur bien. Le gérant libre et le capitaine apporteraient par activité un bénéfice au propriétaire de la chose qu'ils exploitent, et ce bénéfice devrait donner lieu en contre-partie à l'engagement du propriétaire.

Cette théorie ne peut être acceptée, car les conditions de l'enrichissement sans cause, si elles peuvent quelquefois se trouver réu-

1. Voir n° 63.

2. Voir n° 65.

3. Voir n° 64.

nies¹, ne le sont pas dans tous les cas. D'un côté, les dépenses faites par le gérant ou le capitaine n'apportent pas nécessairement un enrichissement au propriétaire ; ainsi le gérant peut acheter une marchandise à écouler rapidement. D'un autre côté, l'enrichissement, en admettant qu'il existe, n'est pas nécessairement dépourvu de cause, car le propriétaire stipule souvent dans le contrat de gérance qu'il conservera sans indemnité les améliorations apportées au fonds. Avant 1953, la jurisprudence² avait bien vu l'impossibilité d'expliquer par l'enrichissement sans cause l'obligation du propriétaire de fonds de commerce.

84 — Doit également être rejetée la théorie³ d'après laquelle le fonds de commerce et le navire constitueraient des *universalités juridiques* et auraient donc leur passif propre. Dans cette conception, les dettes pèsent sur le fonds ou sur le navire en tant qu'obligations réelles. Pour le fonds de commerce, cette théorie s'appuie sur l'art. 18 de la loi de 1909, qui dispose : « le tribunal de commerce, saisi de la demande en paiement d'une créance se rattachant à l'exploitation d'un fonds de commerce, peut, s'il prononce une condamnation et si le créancier le requiert, ordonner par le même jugement la vente du fonds ». On a voulu tirer de cette disposition l'obligation du propriétaire du fonds aux dettes nées de l'exploitation, quelle que soit la personnalité de l'exploitant.

Tous les auteurs modernes s'accordent à reconnaître que l'argument de texte ne vaut rien, car l'art. 18 est « une disposition de » procédure qui avait été transformée en solution de principe pour « les besoins de la cause »⁴. La Cour de Cassation elle-même⁵, avant la législation de 1953-1956, avait expressément écarté l'application en cette matière de l'art. 18.

Mais il faut aller plus loin et admettre, avec la majorité de la doctrine⁶, que les notions d'universalité juridique et d'obligation réelle sont inconciliables avec l'esprit de notre droit : à une personne doit nécessairement correspondre un patrimoine.

Il en résulte que les solutions à propos de la responsabilité du propriétaire de fonds de commerce ou de navire ne sont pas conformes aux conséquences de l'idée d'obligation réelle. Cette idée

1. Ripert, n° 488. Bordeaux, 17 avril 1950 (D., 50.S.70).

2. Req. 22 fév. 1939 et Civ. 28 fév. 1939 (D., 40.1.5, note Ripert). Voir aussi : Cohen, n° 1030. Escarra, n° 309.

3. Jurisprudence : Civ. 17 juin 1918 (S., 22.1.313, note Rousseau). Paris, 29 déc. 1934 (D., 35.2.37, note Mutier). Doctrine : Voirin, article à la RFD Civ., 1931.306. — Crémieu. Le fonds de commerce, universalité juridique à la R. des F. de C., 1935.311. — Chauveau. Le fonds de commerce, patrimoine d'affection, chronique au DH., 1939.37.

4. Ripert, n° 486. Voir aussi les critiques de : Demontes à la R.C.L.J., 1937.22. Escarra, n° 308. Cohen, nos 1030 et 031.

5. Req. 6 déc. 1938 (S., 39.1.9, note Rousseau). Req. 22 fév. 1939, (D., 40.1.5, note Ripert).

6. Voir notamment : Ripert, n° 452. Même auteur, note au D., 40.1.5.

devrait en effet conduire à limiter l'obligation du propriétaire à la chose qui supporte cette obligation, c'est-à-dire au fonds ou au navire. Or, il n'en est rien. Seules les dispositions éphémères des décrets de 1953 se rapprochaient de cette conception, puisqu'ils limitaient, après l'accomplissement de la publicité, la responsabilité du propriétaire à la valeur du fonds. Mais cette solution, justement critiquée¹, n'a pas été reprise par la loi de 1956 : le propriétaire du fonds de commerce est indéfiniment responsable avant la publicité et six mois après cette publicité, à la suite de quoi il n'est plus du tout responsable (art. 8). En droit maritime, il est vrai, l'art. 216 permet au propriétaire de limiter sa responsabilité par l'abandon du navire et du fret. Mais cela n'atténue en rien l'idée d'apparence, car l'abandon est toujours possible, que le navire soit affrété ou qu'il ne le soit pas². En cas d'affrètement, les tiers sont en droit de considérer le propriétaire comme le mandant du capitaine ; or, si le propriétaire était véritablement le mandant, il jouirait de la faculté d'abandon. L'idée d'apparence elle-même commande donc, dans le cas particulier de l'affrètement, d'apporter à la responsabilité du capitaine, cette limitation tout à fait générale³.

85 — Pensant que la législation récente avait modifié le fondement de l'obligation mise à la charge du propriétaire de fonds de commerce, plusieurs auteurs ont soutenu qu'il se formait une espèce de *communauté entre le propriétaire et le gérant-locataire*. Il s'agirait pour certains⁴ d'une véritable société, solution difficilement défendable, faute d'affectio societatis et faute de participation véritable aux pertes, puisque le propriétaire, après avoir payé, peut se retourner contre le gérant. D'autres⁵ ont fait appel à la notion moderne d'entreprise, ou à celle plus vague de communauté d'exploitation⁶.

Toutes ces conceptions étaient peut-être valables en présence des dispositions des décrets de 1953, puisque le propriétaire demeurerait responsable, après la publicité, dans la limite de la

1. Houin. Article à la RTD Com., 1954.21.

2. Le fondement de cette faculté d'abandon, controversée, sort de notre propos. Voir : Ripert, Droit maritime, II, n°s 1234 et s. — Chauveau, n°s 463 et s. — Derrida, au JC. Com., art. 216, n°s 9 et s. (ce dernier auteur en faveur d'une idée d'entreprise).

3. Les mêmes conclusions s'imposeraient en matière de fonds de commerce si la responsabilité du propriétaire était limitée dans tous les cas, et non pas seulement dans l'hypothèse de location-gérance.

4. Esmein, chron. aux GP., 53.2.60 et 56.1.46.

5. Derrida, v° location-gérance en RD com., n° 19. Cet auteur invoque Ripert (Aspects juridiques du capitalisme moderne, n°s 119 et s.), et Durand (Rapports aux travaux de l'Association. H. Capitant, 1947, 45). — Despax. L'entreprise et le droit. Thèse Toulouse, 1956, n° 82. — Speth. La divisibilité du patrimoine et l'entreprise d'une personne, n°s 178 et s. (avec des nuances).

6. Houin. Location-gérance des fonds de commerce et communauté d'exploitation. RTD Com., 1954.21.

valeur du fonds. Mais la loi de 1956 fait cesser toute responsabilité six mois après la publicité. Comment expliquer que l'accomplissement de la publicité ait le pouvoir de faire disparaître l'entreprise ou la communauté d'exploitation ? Si cette idée était admise, elle devrait s'appliquer à toute la durée du contrat de location-gérance, et non pas seulement à la période transitoire prévue par la loi de 1956. La disparition de l'obligation marque l'idée d'apparence qui est à la base des solutions législatives.

b) *La qualité constitutive d'apparence* ¹.

86 — C'est pour nous l'apparence qui explique à la fois la responsabilité du propriétaire de fonds de commerce et celle du propriétaire du navire : les tiers trompés par l'élément visible méritent d'être protégés.

Mais cette notion d'élément visible doit être précisée. Elle ne se confond pas avec l'objet de crédit en lui-même ², fonds de commerce ou navire, car l'apparence d'un objet ne peut à elle seule susciter aucune croyance. Il serait également inexact de penser que l'élément visible conduit les tiers à prendre le gérant pour le propriétaire du fonds ³, car il faudrait alors limiter la responsabilité du véritable propriétaire à ce fonds de commerce, propriété apparente du gérant ⁴⁻⁵.

Une seule explication possible : l'élément visible amène les tiers à considérer le locataire-gérant ou le capitaine comme le mandataire du propriétaire. Un gérant, qu'il soit libre ou salarié, exploite toujours de la même manière aux yeux des tiers ; si rien n'a été publié, ces derniers peuvent donc légitimement confondre les deux sortes de gérance ⁶ ; dans un souci de crédit, le législateur a permis aux tiers non informés de s'en tenir à la gérance salariée, car celle-ci leur permet de compter le fonds dans leur gage. De la même façon, un capitaine de navire n'agit pas différemment suivant qu'il le fait au nom du propriétaire ou à celui de l'affrètement ;

1. En faveur de l'apparence, voir : Demontes et Jauffret, Code de com. annoté, n° 16, p. 258. — Voirin, article à la RTD Civ., 1931.285. — Raynaud, article à la R. crit. de lég. en jur., 1936.546. — Vouin, La bonne foi. Thèse, Paris, 1939, n° 225. — Rival, article au JCP., 1939, n° 89. — Weill, La relativité des conventions, n° 341.

2. On a quelquefois parlé de la confiance mise dans le fonds. Paris, 23 janvier 1931 (DH., 31.438).

3. On a quelquefois parlé, à propos du locataire-gérant, d'une apparence de solvabilité, ce qui revient à considérer qu'il est propriétaire apparent du fonds. T. com. Toulouse, 3 déc. 1930 (GP., 31.1.335).

4. En outre, l'erreur ne serait peut-être pas légitime dans cette conception. On ne peut, en effet, étendre aux biens incorporels la règle de l'art. 2279 : la possession d'un fonds (c'est-à-dire son exploitation) ne constitue pas une apparence de propriété. Voir Demontes à la RCLJ., 1937.22.

5. Dans certains cas, une personne peut se présenter comme propriétaire apparente d'un fonds de commerce. Mais il s'agit alors d'une hypothèse toute différente, qui n'a rien à voir avec le mandat apparent, car l'élément visible n'est pas le même.

6. Com., 24 oct. 1956 (B. Cass., 1956, III, n° 258).

les tiers sont admis, dans le doute, à considérer le capitaine comme mandataire du propriétaire. En définitive, la règle de l'art. 8 de la loi de 1956, comme celle de l'art. 216 du c. comm. consacrent le mandat apparent¹.

87 — Contre cette opinion, on a fait surtout valoir² que, la responsabilité du propriétaire de fonds de commerce étant solidaire, une obligation restait à la charge du locataire-gérant (mandataire apparent). Cette solution n'étant admise par personne, il faudrait abandonner toute idée d'apparence.

Cet argument est réfutable : le propriétaire est responsable en vertu de l'apparence, mais cela n'empêche pas le locataire-gérant d'être engagé en vertu de la réalité. Lorsque cette dernière ne peut pas nuire aux tiers de bonne foi, rien ne s'oppose à son application ; ici, loin de leur nuire, la réalité leur profite dans la mesure où elle rend le pseudo-mandataire obligé par les contrats qu'il a valablement conclus pour son propre compte. L'application de l'apparence doit être strictement limitée à l'hypothèse dans laquelle elle constitue un bénéfice pour les tiers. En dehors de là, la réalité reprend ses droits, ce qui explique l'engagement du locataire-gérant, agissant véritablement pour son propre compte, de même que celui de l'afiréteur, mandant véritable du capitaine.

88 — Rien ne s'oppose donc à considérer le locataire-gérant et le capitaine comme des mandataires apparents. Les solutions législatives et jurisprudentielles découlent naturellement de cette idée :

— Le propriétaire est responsable sur tout son patrimoine, parce qu'il en serait ainsi s'il était véritablement le mandant. Les tiers savent qu'ils peuvent compter non seulement sur la partie visible de ce patrimoine (fonds de commerce ou navire), mais encore sur tout le reste, gage commun des créanciers.

— La responsabilité est limitée aux dettes contractées pour l'exploitation du fonds ou pour l'expédition maritime, car ce sont ces dettes seules qui rentrent dans les pouvoirs du mandataire apparent. Les tiers, croyant que le locataire-gérant ou que le capitaine a reçu mandat du propriétaire, doivent en revanche savoir que ses pouvoirs sont limités. Si le mandataire apparent dépasse cette limite, les tiers ne peuvent plus compter sur l'engagement du propriétaire.

— La responsabilité du propriétaire de fonds de commerce est limitée à la période où la publicité n'est pas encore faite, car c'est seulement pendant cette période que la réalité est cachée³. Une

1. En ce sens : Giraut, op. cit. p. 100. — J. Savatier, note au JCP., 54.II.8158.

2. Ripert, note au D., 40.1.5.

3. Voir n° 64.

fois la publicité accomplie, le locataire-gérant paraît bien ce qu'il est véritablement, et les tiers ne peuvent plus compter sur l'engagement du propriétaire.

PARAGRAPHE 3. — L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE

89 — Pour que les tiers méritent protection, il ne suffit pas que l'apparence ait été susceptible de les induire en erreur. Il faut encore qu'ils se soient effectivement trompés. L'élément psychologique se ramène donc à l'ignorance de la réalité, c'est-à-dire à la bonne foi au sens strict.

Mais, en matière de mandat apparent, les solutions risquent de perdre leur unité, puisque la protection des tiers est, en deux hypothèses, prévue par le législateur lui-même. Après avoir étudié les solutions de la jurisprudence sur l'exigence de l'élément psychologique, il nous faudra donc rechercher si les solutions législatives sont identiques.

A. — *Les solutions de la jurisprudence.*

90 — Dans les hypothèses où les règles du mandat apparent sont appliquées par la jurisprudence, il est hors de doute que les principes généraux doivent conduire à exiger la bonne foi des tiers qui se prévalent de l'apparence. Sans doute, les décisions des tribunaux ne font que rarement allusion à cette bonne foi. Ce silence a une raison pratique : la bonne foi étant présumée, c'est au défendeur (mandant apparent) de prouver que le demandeur connaissait l'inexistence ou la nullité du mandat ; or, une telle preuve, très difficile, rebute la majorité des défendeurs, qui préfèrent dénier la valeur des preuves apportées par le demandeur à propos de l'élément caché et de l'élément visible.

Il n'en reste pas moins que la bonne foi est absolument indispensable à l'application de l'idée d'apparence. Il ne serait ni juste ni logique de protéger un tiers qui connaissait la véritable qualité de la personne avec laquelle il traitait. Sachant que cette personne n'était pas mandataire, ce tiers ne pouvait légitimement compter que sur l'engagement de cette personne, et non sur celui du mandant apparent¹.

91 — Certaines théories aboutissent pourtant à dénier l'exigence de l'élément psychologique. Il en est ainsi de celle qui voit dans le mandataire apparent un gérant d'affaire² ou de celle qui fait du mandat apparent un mandat tacite³. Du moment qu'un

1. En ce sens : Giraut, op. cit., p. 139. L'art. 2009 c. civ., qui exige la bonne foi dans l'hypothèse particulière qu'il concerne, apporte un argument supplémentaire à cette thèse.

2. Voir n° 81.

3. Voir n° 81.

lien de droit existe réellement entre mandant et mandataire, il importe peu, dans ces opinions, que ce lien soit connu ou inconnu des tiers. De toute façon le mandant apparent serait engagé, soit parce qu'on a géré son affaire, soit parce qu'il a tacitement donné pouvoir de le représenter.

Nous avons dit ce qu'il fallait penser de ces théories. Dans certaines hypothèses, elles peuvent trouver application, car le mandat apparent n'exclut ni la gestion d'affaire ni le mandat tacite ; si, par conséquent, il résulte des circonstances que le mandataire a géré l'affaire de son mandant apparent, ou que ce dernier a entendu conférer un mandat tacite, la bonne foi des tiers n'a pas à être exigée¹. Mais, dans de nombreuses autres hypothèses, la notion de gestion d'affaire et celle du mandat tacite sont absolument inapplicables ; il est possible en effet que l'acte du mandataire apparent ne soit pas un acte de gestion, ou que le mandant apparent n'ait pas été au courant de l'acte fait en son nom. Si ces notions étaient applicables, on ne comprendrait d'ailleurs pas pourquoi la jurisprudence exige un élément visible. C'est que seule l'idée d'apparence permet d'expliquer l'engagement du faux mandant ; et cette idée ne suppose pas seulement qu'une personne ait eu fausement l'allure d'un mandataire, elle implique aussi que le tiers demandeur ait été personnellement induit en erreur.

92 — Mais il est une autre théorie qui, n'excluant pas la bonne foi des tiers, lui assigne un fondement différent de celui que nous avons dit. Si l'on considère, en effet, que le mandant apparent est responsable en raison de la faute qu'il a commise², il faut exiger un lien de causalité entre cette faute et le dommage subi par le tiers. Or, ce lien de causalité n'existe pas dans le cas où le tiers aurait personnellement connu l'inexistence ou la nullité du mandat : le dommage qu'il subirait alors ne serait pas le résultat de la faute du pseudo-mandant puisque le tiers ne pouvait pas compter sur l'existence du mandat. Cette solution a notamment été appliquée par la jurisprudence qui, avant 1953, fondait la responsabilité du propriétaire de fonds de commerce sur l'art. 1382, c. civ.³.

Ce raisonnement est la marque du caractère artificiel des théories qui invoquent la faute du faux mandant. Si la bonne foi est exigée, ce n'est pas en tant qu'élément de la théorie de l'apparence. Le lien de causalité n'est pas présumé par l'art. 1382 : sa preuve incombe donc au tiers demandeur. Celui-ci devrait établir qu'il croyait sincèrement à l'existence d'un mandat régulier. Une telle solution, qui rendrait très improbable la condamnation du man-

1. Bordeaux, 17 avril 1950 (D., 50.5.70). Ce n'est plus, alors, l'erreur légitime qui fonde le rapport entre tiers et mandant.

2. Voir n° 56.

3. Paris, 15 mars 1935 (S., 36.2.37). — Paris, 21 avril 1937 (GP., 37.2.426).

dant apparent, n'a jamais été admise. Il faut donc abandonner l'idée d'un lien de causalité pour s'en tenir à celle de bonne foi : un tiers n'est protégé que s'il a été trompé par l'apparence ; c'est au défendeur d'apporter la preuve contraire, car la bonne foi se présume.

B. — *Les solutions du législateur.*

93 — En deux matières, le législateur a consacré le mandat apparent :

— en vertu de la loi de 1955, le propriétaire du fonds de commerce est obligé par les actes de son locataire-gérant ;

— en vertu de l'art. 216 du c. com., le propriétaire du navire est obligé par les actes du capitaine.

On peut se demander si le législateur, dans l'application de l'idée d'apparence, est allé jusqu'à consacrer l'exigence d'un élément psychologique. Pour que le propriétaire soit obligé, est-il nécessaire que le tiers ait personnellement ignoré le contrat de location-gérance ou celui d'affrètement ?

a) *Bonne foi et responsabilité du propriétaire de navire*

94 — L'exigence de la bonne foi paraît affirmée en ce qui concerne la responsabilité du propriétaire de navire¹. Dès 1907, la Cour de Cassation², confirmant un arrêt de la Cour de Bordeaux, a refusé de condamner le propriétaire d'un vapeur à payer une fourniture de charbon, car le fournisseur avait su que le navire était affrété, et avait donc suivi la foi de l'affrètement pour le paiement du charbon. Depuis, la jurisprudence³ a plusieurs fois eu l'occasion de répéter que l'application de l'art. 216 suppose, dans l'hypothèse où le navire est affrété, que le co-contratant du capitaine ait ignoré cet affrètement.

En cette matière, par conséquent, l'idée d'apparence est pleinement appliquée : l'exigence de l'élément psychologique exclut de toute protection les tiers qui connaissent la réalité, c'est-à-dire l'absence de mandat entre le propriétaire et le capitaine. Il n'est pas besoin d'exiger en plus une certaine diligence de la part des tiers⁴, car cette diligence est impliquée par l'élément caché : du moment que l'affrètement n'apparaît pas sur les actes mis à la disposition du public, les tiers ne commettent aucune négligence en ignorant cet affrètement. Ils méritent toute protection si les trois éléments se trouvent réunis : élément caché résultant de l'affrètement non publié, élément visible résultant de la simple

1. Contra : Danjon, II, n° 642.

2. Req. 4 mars 1907 (R. int. de D. marit., XXII.739).

3. T. Com. Saint Nazaire, 10 janvier 1923 (inédit). — Paris, 18 juillet 1925, aff. Cherfils (inédit). — Alexandrie, 10 avril 1929 (G. des Trib. mixtes d'Egypte, 1929.243).

4. L'arrêt de la Cour d'Alexandrie (préc.) fait état de cette exigence.

qualité du capitaine, élément psychologique résultant de l'ignorance personnelle de l'affrètement.

b) *Bonne foi et responsabilité du propriétaire de fonds de commerce.*

95 — On pourrait penser que des solutions analogues s'imposent lorsqu'il s'agit du mandat apparent donné par un propriétaire de fonds de commerce à son locataire-gérant. L'engagement du propriétaire ne suppose-t-il pas que le tiers ignore, au moment où il traite avec le gérant, l'existence du contrat de location-gérance?

Tel n'est cependant pas l'avis des commentateurs des décrets de 1953 et de la loi de 1956. Tous¹ affirment que le propriétaire est responsable même dans le cas où le créancier a connu la qualité véritable du locataire-gérant. Cette opinion paraît s'appuyer sur trois sortes d'arguments :

— On fait d'abord valoir que la législation de 1953-1956 a modifié le fondement de la responsabilité du propriétaire. Il ne s'agit plus désormais de réparer une faute de celui-ci ; il est donc devenu inutile d'exiger un lien de causalité, c'est-à-dire l'ignorance par le créancier de la situation véritable.

— Pour compléter ce premier argument, on invoque le silence du législateur sur la question de la bonne foi du créancier. L'art. 8 de la loi de 1956 n'opère en effet aucune distinction suivant que le créancier a ignoré ou connu le contrat de location-gérance.

— Enfin, on a tiré argument de l'organisation légale de la publicité. « En matière de publicité des droits, doivent seules intervenir des solutions objectives, indépendantes de la connaissance » ou de l'ignorance effective de la situation »². Si la publicité n'est pas faite, la preuve de la connaissance personnelle de la location-gérance serait donc impossible.

96 — Ces divers arguments ne sont peut-être pas irréfutables. Le premier n'a pour nous aucun poids car il suppose le problème résolu : il s'agit justement de chercher le fondement des solutions législatives, pour savoir si la bonne foi des tiers doit être exigée. Quant à l'argument de texte, il est sans doute de nature à impressionner les tribunaux. On peut cependant remarquer que l'art. 216 c. com., rédigé en termes aussi formels que l'art. 8 de la loi de 1956, n'a pas empêché les juges d'exiger pour son application la bonne foi du créancier³. Si l'intention du législateur a été, comme nous le pensons, de protéger les tiers trompés par l'apparence d'un mandat, cette protection doit logiquement cesser lorsque le tiers ne s'est pas laissé leurrer.

1. Cohen, au JCP., 56.1.1301. — Derrida, v° location gérance en RD. comm., n° 151. — Givord, v° location gérance au JCF. de C., n° 58. — Houin, à la RTD. Com., 1954.21.

2. Derrida, loc. cit.

3. Voir n° 94. On peut aussi faire valoir, dans le même ordre d'idée, que la jurisprudence exige la bonne foi du tiers qui traite sur le vu de la raison sociale, alors que rien de tel ne ressort de la lettre de l'art. 22 C. com. Voir n°s 125-126.

Le troisième argument est à nos yeux beaucoup plus important. Il marque l'opposition de deux conceptions :

— Ou bien l'on admet, avec les tenants de cet argument, que la publicité crée une connaissance objective, qu'elle est véritablement la source d'un droit au profit des tiers. Si elle a été accomplie, l'existence de la location-gérance s'impose à tous. Si, en revanche, elle ne l'a pas été¹, tous les tiers peuvent considérer la location-gérance comme inexistante.

— Ou bien on admet que la publicité a seulement pour but de porter un contrat à la connaissance des tiers. Elle est un moyen légal d'information. Mais elle n'est pas le seul moyen d'information et, si les tiers ont eu connaissance de la location-gérance, cette dernière doit s'imposer à eux de la même façon que si elle avait été publiée.

En présence de ces deux conceptions, la jurisprudence n'a pas encore eu, semble-t-il, l'occasion de prendre parti. On peut donc se demander si elle autorisera ou non, le propriétaire du fonds à apporter la preuve que le créancier de son gérant-libre avait une connaissance personnelle de la location-gérance. Il s'agit de choisir entre deux conceptions dont l'une consacre une apparence objective, indépendante de tout élément psychologique, et par là favorise au maximum le crédit, dont l'autre, s'inspirant des principes généraux de l'apparence, concilie les besoins du crédit avec les nécessités de la protection individuelle. Cette seconde conception nous paraît plus conforme au caractère personnaliste du droit français², et, notamment aux solutions relatives au registre du commerce³ ainsi qu'à celles relatives à la publicité des pouvoirs⁴.

Enfin, même si l'on rejette l'exigence de la bonne foi, il faut certainement admettre que le propriétaire est délié de toute obligation si le tiers a contracté avec le gérant dans un but frauduleux. L'application de la loi de 1956 se heurte alors à la maxime « *fraus omnia corrumpit* ».

SECTION 2. — APPARENCE QUANT A L'ACTE DU MANDATAIRE

97 — Nous envisageons maintenant l'hypothèse dans laquelle une personne, véritablement mandataire, paraît agir dans l'exercice de son mandat, alors qu'il n'en est rien. L'apparence ne porte plus sur la personne, puisque celle-ci est bien mandataire ; l'apparence porte sur l'acte accompli qui, paraissant rentrer dans le cadre du mandat, n'y rentre pas en réalité. Les règles du mandat apparent trouvent à s'appliquer, car il s'agit toujours de protéger

1. Il n'est pas facile, dans cette conception, d'expliquer le délai de six mois après la publicité, pendant lequel le propriétaire du fonds demeure responsable. Voir n° 64.

2. Voir notamment : Vouin. La bonne foi. Thèse, Paris, 1939, n° 202.

3. L'immatriculation au registre ne crée pas une présomption irréfragable de la qualité du commerçant.

4. Voir n° 127.

les tiers de bonne foi : ceux-ci peuvent considérer le mandant comme engagé par l'acte de son mandataire, bien que cet acte sorte du mandat.

Ici comme ailleurs, la réunion des trois éléments est indispensable : élément caché, représenté par la nature véritable de l'acte accompli ; élément visible en vertu duquel l'acte paraît accompli dans le cadre du mandat ; élément psychologique, c'est-à-dire ignorance par les tiers de la nature véritable de l'acte.

PARAGRAPHE 1. — L'ÉLÉMENT CACHÉ

Sous une apparence contraire, se cache la véritable nature de l'acte accompli par le mandataire. Cet acte, en réalité, n'est pas accompli dans l'exercice du mandat. Une telle situation se conçoit dans deux hypothèses :

— ou bien l'acte accompli ne rentre pas dans la limite des pouvoirs conférés par le mandant. Il s'agit alors d'un excès (ou dépassement) de pouvoir ;

— ou bien l'acte, tout en restant dans la limite des pouvoirs conférés, n'est pas accompli dans l'intérêt du mandant, mais dans celui du mandataire. Il s'agit alors d'un abus (ou détournement) de pouvoir.

A. — *Excès de pouvoirs.*

98 — Le mandataire a dépassé les pouvoirs qui lui avaient été donnés par son mandant. Normalement, par conséquent, ce dernier n'est pas engagé. Il l'est cependant, par dérogation aux règles générales du mandat, si les conditions d'application de l'apparence sont réunies. Cela suppose d'abord que l'excès de pouvoir constitue un élément caché : les tiers doivent être dans l'impossibilité de savoir que l'acte accompli enfreint cette limitation. De toute façon, le mandant peut après coup demander remboursement à son mandataire de la prestation qu'il a été obligé d'effectuer au profit du tiers de bonne foi.

La jurisprudence, qui répugne généralement à invoquer l'apparence, trouve dans le caractère occulte de la limitation une explication à la responsabilité du mandant : celui-ci serait en faute d'avoir caché aux tiers l'étendue réelle des pouvoirs de son mandataire. Nous avons dit¹ ce qu'il fallait penser de cette théorie, leitmotiv de la jurisprudence en matière de mandat apparent.

Pour nous, le caractère occulte de la limitation justifie l'engagement du mandant parce qu'il constitue l'élément caché nécessaire à l'application de l'idée d'apparence. Nous allons voir, à propos de chaque catégorie de mandat commercial², comment l'excès de pouvoir peut demeurer caché aux yeux des tiers.

1. Voir n° 56.

2. L'application de la théorie de l'apparence à propos de l'excès de pouvoir n'est pas totalement exclue en droit civil. Voir, par exemple : Soc., 12 nov. 1954 (B. Cass., 1954.IV, n° 694).

a) *Excès de pouvoir commis par un mandataire de société.*

99 — Les gérants ou administrateurs de sociétés possèdent, comme nous le verrons¹, des pouvoirs normaux. Ces pouvoirs peuvent être limités par les statuts. Un acte accompli au mépris de cette interdiction constitue un excès de pouvoir, mais peut engager la société si la limitation est restée occulte². Une telle hypothèse se rencontre dans les sociétés en nom collectif, dans les sociétés en commandite (simple ou par actions) et dans les sociétés anonymes³.

Les pouvoirs des gérants et des administrateurs, définis par les statuts, sont publiés avec eux⁴. Le caractère occulte de la limitation résulte donc du défaut de publicité des clauses qui interdisent certains actes au mandataire de la société. La jurisprudence⁵, approuvée par la doctrine⁶, considère la société comme engagée envers les tiers de bonne foi par les actes accomplis au mépris d'une limitation non publiée. Il semblerait logique, par conséquent, de limiter l'application de l'apparence aux hypothèses dans lesquelles la limitation des pouvoirs n'a pas fait l'objet de publicité⁷.

100 — Mais les besoins de rapidité propres au droit commercial ne sont pas absolument satisfaits par une telle solution, qui oblige les tiers à s'adresser au greffe du tribunal de commerce pour se faire délivrer une copie des statuts. C'est là une précaution relativement facile à prendre mais qui en fait l'est rarement et qui paraît exclue des habitudes du commerce⁸. Quant aux extraits publiés dans le journal d'annonces légales, leur connaissance ne nécessite sans doute aucune investigation, et, partant, aucune perte de temps, mais c'est une publicité d'un jour, à laquelle il est bien difficile de conférer des effets pendant toute la durée de la vie sociale.

Ces considérations paraissent avoir exercé une influence sur la jurisprudence⁹ et principalement sur un arrêt de la Cour de

1. Voir n° 117.

2. En Angleterre, le Partnership Act de 1890 (art. 8) consacre l'idée d'apparence en décidant que la limitation de pouvoirs est opposable seulement aux tiers qui en ont eu connaissance. Voir Dacquin. La raison sociale en droit comparé. Paris, 1935.

3. Pour les S.A.R.L., nous savons (n° 46) que toute limitation est impossible. Quant aux sociétés civiles, la limitation est nécessairement occulte, puisque les statuts ne sont pas publiés (n° 103 et note).

4. Voir n°s 153 et s.

5. Req., 5 nov. 1900 (D., 02.1.5, note Thaller). — Civ., 16 mai 1927 (S., 26.1.41, note Boucart). — Paris, 6 juillet 1936 (DH., 36.482).

6. Lyon-Caen et Renault, II, n° 262. — Thaller et Pic, I, n° 272. — Escarra et Rault, I, n° 236.

7. En 1898, Percerou affirmait nettement que la publication des clauses restrictives suffisait à rendre l'excès de pouvoir opposable aux tiers (art. aux Ann. de D. comm., 1898, 128).

8. Escarra, n° 617. — Laurent, op. cit., n° 28. — Giraut, op. cit., p. 87-88.

9. Req., 21 mars 1910 (S., 13.1.297). — T. Com. Seine, 18 janvier 1924 (G. des Trib., 24.2.590).

Cassation¹ qui, en 1940, a admis l'engagement de la société par un acte excessif de son mandataire, alors pourtant que la limitation de pouvoir avait été publiée. Dans l'impossibilité de fonder comme d'ordinaire la responsabilité du mandant sur la faute commise par lui en négligeant de publier la limitation, la Cour suprême a invoqué l'art. 1384 al. 4 c. civ. : pour elle, la société serait un commettant, responsable en tant que tel des fautes commises par son mandataire préposé, et notamment de l'excès de pouvoir. Une telle justification doit être repoussée, car le lien entre la société et ses gérants ou administrateurs n'est certainement pas un lien de commettant à préposé, qui supposerait une subordination étroite et constante². D'autre part, la responsabilité du commettant suppose un acte accompli dans l'exercice des fonctions du préposé ; peut-on toujours considérer comme tel un acte qui dépasse le pouvoir du mandataire ?³.

Le recours à l'article 1384, al. 4, comme celui plus fréquent à l'art. 1382, ne sont que des artifices techniques ; seule l'idée d'apparence permet d'expliquer l'engagement de la société, car il s'agit de protéger les tiers qui ont pu de bonne foi ignorer l'excès de pouvoir. Dans le cadre de l'apparence, la tendance marquée par l'arrêt de 1940, aboutit à élargir la notion d'élément caché : l'excès de pouvoir y rentre même lorsque la limitation a été publiée. C'est là dénier toute utilité aux formalités de publicité, car celles-ci manquent leur but si leur accomplissement ne suffit pas à renseigner les tiers⁴. Devant ce paradoxe, deux solutions s'offrent au législateur : ou bien réorganiser la publicité des limitations de pouvoir de manière que sa consultation soit plus rapide, ou bien étendre à toutes les catégories de sociétés la règle admise pour les sociétés à responsabilité limitée, règle qui, nous le savons⁵ ne relève pas de la théorie de l'apparence⁶.

b) *Excès de pouvoir commis par un gérant de fonds de commerce ou un capitaine de navire.*

101 — Nous avons constaté⁷ que le propriétaire d'un fonds de commerce et celui d'un navire se trouvaient souvent dans une situation comparable. Cela est encore marqué dans l'hypothèse

1. Req., 8 mai 1940 (JCP., 41.II.1610, note Bastian).

2. Répert, n° 743. Escarra et Rault, I, n° 235.

3. La jurisprudence la plus récente interprète restrictivement la responsabilité des commettants. Civ., 1^{er} juillet 1954 (JCP., 54.II.8352). Civ., 14 juin 1957 (JCP., 57.II.10188, note Rodière).

4. L'arrêt de 1940 est une des manifestations de l'insuffisance pratique de nos formalités de publicité. Cf. n°s 32 et 35.

5. Voir n° 46.

6. Cette seconde solution paraît avoir inspiré la Cour de Limoges, qui a déclaré inopposable aux tiers une limitation aux pouvoirs d'un président-directeur général de société anonyme, au motif que cette limitation concernait « l'organisation intérieure de la société ». Limoges, 17 fév. 1958 (Bull. inform. jurid. et fisc. Soc., 1958.242).

7. Voir n°s 82 et s.

d'un excès de pouvoir commis par leur mandataire respectif — gérant salarié de fonds de commerce¹ ou capitaine de navire. Les propriétaires peuvent limiter contractuellement les pouvoirs de leur mandataire. Si le gérant ou le capitaine méprise une telle interdiction, il n'engage pas le propriétaire, en vertu des principes généraux du mandat. Cependant, comme en matière de société, ces principes se trouvent en défaut lorsque les éléments de l'apparence se trouvent réunis : le premier de ces éléments est représenté par le caractère occulte de l'excès de pouvoir.

La limitation et l'excès qui en résulte sont nécessairement occultes lorsqu'il s'agit du navire, car le propriétaire n'a aucun moyen de porter à la connaissance des tiers le contrat qui le lie au capitaine². Le propriétaire d'un fonds de commerce, peut en revanche, publier le contrat de gérance-salariée. C'est seulement à défaut de cette publicité que l'excès de pouvoir, aux yeux de la jurisprudence dominante, constitue un élément caché et que donc le propriétaire est engagé par l'acte excessif³. La publicité peut résulter soit de l'insertion de la clause restrictive dans un journal d'annonces légales⁴, soit de sa mention au registre du commerce⁵.

On peut se demander si la jurisprudence ne subira pas, en matière de fonds de commerce, une évolution analogue à celle qu'elle a subie en matière de gérance de société⁶. Exiger des tiers qu'ils vérifient, à propos de chaque opération commerciale, l'étendue des pouvoirs du gérant risque de paralyser l'activité du fonds. Pour pallier cet inconvénient, il ne faudrait pas hésiter à condamner le propriétaire malgré la publicité des clauses limitatives. Une telle solution rapprocherait encore le propriétaire du fonds du propriétaire du navire, puisqu'elle aboutirait à rendre la limitation des pouvoirs nécessairement occulte. Il n'est peut-être pas exagéré d'affirmer que le mandat commercial permanent tend à se rapprocher de plus en plus de la « prokura » allemande, le mandataire possédant à l'égard des tiers un ensemble de pouvoirs normaux que le contrat est impuissant à limiter.

1. Nous envisageons maintenant un gérant salarié véritable (et non plus apparent, comme dans la section 1), qui accomplit un acte en dehors de ses pouvoirs véritables, mais dans la limite de ses pouvoirs apparents. Du gérant salarié doit être rapprochée la femme qui a reçu de son mari mandat tacite de gérer le fonds.

2. P. Chauveau. *Traité de droit maritime*, 1958, n° 359.

3. *Jurisprudence* : Civ., 11 avril 1876 (D., 79.1.64). — Req., 12 juin 1901 (D., 02.1.55). — Req., 14 janvier 1920 (S., 20.1.272). — *Doctrine* : Cohen, n° 985. — Crémieu. De la gérance d'une entreprise commerciale (Ann. de D. Com., 1909.492). — Cendré. La gérance salariée de fonds de commerce. Thèse, Paris, 1930, p. 109 et s.

4. Paris, 12 juin 1930 (GP., 32.1.958).

5. T. Com. Seine, 22 juillet 1932 (GP., 32.2.775). — Douai, 25 mars 1954 (D., 54.J.444).

6. Voir n° 100.

102 — Le capitaine du navire voit cependant dans une hypothèse ses pouvoirs limités par la loi elle-même. Art. 232 du c. com. : « Le capitaine, dans le lieu de la demeure des armateurs » ou de leurs fondés de pouvoirs, ne peut, sans leur autorisation » spéciale, faire travailler au radoub des bâtiments, acheter des » voiles, cordages ou autres choses pour le bâtiment, prendre à » cet effet de l'argent sur le corps du navire, ni fréter le navire ». Le mandat maritime, rendu nécessaire par le voyage et l'éloignement qui en résulte, cesse logiquement lorsque le navire est au port où se trouve le propriétaire ou son fondé de pouvoir.

Si le capitaine conclut dans ce port des contrats relatifs au navire, il commet un excès de pouvoir. Mais cet excès peut être caché, non en raison du caractère occulte de la limitation (car tout le monde est censé connaître la loi) mais en raison du caractère occulte du domicile de l'armateur ou de son fondé de pouvoir : les tiers ne sont pas obligés de savoir où habitent ces personnes. La doctrine¹ applique donc les règles du mandat apparent, en considérant le propriétaire comme engagé par l'acte du capitaine accompli dans le lieu de la demeure des armateurs ou de leurs fondés de pouvoir, à condition que les autres éléments de l'apparence se trouvent réunis.

c) *Excès de pouvoir commis par les autres mandataires commerciaux.*

103 — Il n'y a aucune raison de ne pas étendre aux autres mandataires les solutions dégagées à propos des gérants et administrateurs de société, des gérants salariés de fonds de commerce et des capitaines de navire : l'acte commis par le mandataire en dehors de ses pouvoirs engage le mandant si les conditions de l'apparence sont réunies, et notamment, si l'excès de pouvoir peut être considéré comme un élément caché².

Mais lorsqu'on sort du domaine des sociétés ou de celui des fonds de commerce, aucune publicité n'est organisée pour porter à la connaissance des tiers le contrat entre le mandant et son mandataire. Cela n'est pas grave lorsque le mandat commercial, revêtant les caractères du mandat civil, est donné pour une opération bien déterminée (par exemple vendre telle marchandise) à une personne dont ce n'est pas la profession ; le mandataire n'entre alors en relation qu'avec un nombre très limité de personnes, pour lesquelles il est bien inutile d'organiser une publicité de portée générale.

1. Emérigon. Des contrats à la grosse, ch. IV. — Desjardins, II, n° 399. — Ripert. Droit maritime, I, n° 819.

2. De cette hypothèse peut être rapprochée celle du gérant d'une société civile. Les statuts n'étant pas publiés, une limitation de pouvoirs sera inopposable aux tiers si les conditions de l'apparence sont réunies. Civ., 7 oct. 1958 (Bull. inf. jurid. et fisc. soc., 1958.277).

L'impossibilité de toute publicité a par contre des conséquences plus graves lorsque le mandataire est un professionnel : agent ou représentant de commerce, préposé d'un banquier, etc... Ces personnes sont appelées à entrer en relation pour le compte de leur mandant, avec un grand nombre de tiers (clients, fournisseurs, etc...). Il est donc indispensable que ces tiers connaissent l'étendue exacte des pouvoirs conférés à l'agent, au représentant ou au préposé avec qui ils ont contracté. Pour cela, ils n'ont à leur disposition que la procuration écrite remise par le mandant au mandataire. Dans ces hypothèses où la publicité n'est pas organisée, quand peut-on parler de limitation occulte, et par là d'excès de pouvoir occulte ?

104 — Le caractère occulte de la limitation ne fait aucun doute lorsque celle-ci ne figure pas sur la procuration. Par exemple, une maison de commerce, postérieurement à la remise de la procuration, interdit à son représentant certaines opérations, au moyen d'une correspondance demeurée inconnue des tiers¹. La procuration est encore inexacte si, après avoir été remise en blanc, elle est remplie par le mandataire contrairement aux ordres du mandant². Il faut enfin considérer que la procuration est inexacte si elle est rédigée en termes tellement généraux qu'elle n'est pas susceptible de renseigner les tiers sur l'étendue précise des pouvoirs du mandataire commercial. Dans toutes ces hypothèses, il ne fait aucun doute que les règles du mandat apparent peuvent trouver à s'appliquer si les autres conditions sont réunies ; les tiers trompés peuvent alors considérer le mandant comme engagé.

Dans une autre série d'hypothèses, le caractère occulte de la limitation est plus difficile à déceler, car il résulte de l'ambiguïté des termes de la procuration³. Le juge doit alors apprécier si un individu jouissant d'une faculté d'interprétation moyenne est à même de découvrir, à la seule lecture de la procuration, l'étendue exacte des pouvoirs conférés. Dans le cas où les termes seraient jugés trop équivoques, le mandant pourrait être engagé par l'acte excessif⁴, car l'erreur des tiers serait légitime.

Il est enfin possible que le caractère occulte de la limitation résulte de l'interdiction que font les usages commerciaux de se reporter à la procuration. Cela se rencontre en droit civil à propos du mandat conféré à un notaire ou un avoué, car il n'est pas d'usage de demander à ces personnes la justification de leurs pouvoirs⁵. Une telle hypothèse est de nature à se rencontrer

1. Civ., 16 août 1860 (D., 60.1.493).

2. Req., 29 déc. 1890 (D., 91.1.464).

3. Voir, par exemple, dans Pothier, du Mandat, n° 89.

4. Civ., 23 nov. 1903 (D., 06.1.66). — Paris, 11 janvier 1928 (DH., 29.279). — Montpellier, 4 mai 1949 (D., 49.S.26).

5. T. civ. Seine, 21 nov. 1935 (DH., 35.5.2). — T. Parit. Avesnes, 1^{er} mars 1956 (D., 56.S.140).

encore plus fréquemment en droit commercial, en raison du caractère professionnel du mandataire. Les habitudes de la profession interdisent souvent aux tiers de demander à l'agent, au représentant ou au préposé commercial la procuration qui leur a été confiée par leur mandant, alors surtout qu'une telle vérification irait à l'encontre des besoins de rapidité propres à la vie des affaires. La limitation apportée aux pouvoirs normaux du mandataire est alors considérée comme occulte si le mandant ne l'a pas notifiée directement aux tiers en rapport avec l'agent ou le représentant. A défaut de cette notification personnelle, les règles du mandat apparent doivent entraîner l'engagement du mandant par l'acte accompli au delà de la limitation, même si cette limitation figure sur la procuration. Cette solution est notamment appliquée par la jurisprudence¹ aux préposés de banquier, à qui il n'est pas d'usage de demander justification de leurs pouvoirs ; ces pouvoirs n'étant ni publiés ni portés à la connaissance de la clientèle par l'envoi de prospectus ou d'avis, les tiers ont le droit de croire que le préposé agit dans les termes de son mandat. Ici encore, on se rapproche du système de la « prokura »,² les pouvoirs du mandataire étant impérativement énumérés par l'usage commercial.

B. — *Abus de pouvoir.*

105 — Le mandataire agit dans la limite de ses pouvoirs, mais dans un but d'intérêt personnel. On dit alors qu'il détourne ses pouvoirs ou qu'il en abuse. Les principes généraux du mandat doivent amener à décharger le mandant de toute obligation à propos de ces actes abusifs.

Mais il est possible que l'abus de pouvoir se trouve caché sous un élément visible contraire : le mandataire a paru agir dans l'intérêt du mandant. L'idée d'apparence tient alors en échec les principes du mandat, puisque le mandant est considéré comme engagé envers les tiers de bonne foi par l'acte abusif du mandataire, ce dernier devenant bien entendu débiteur envers son mandant. Après avoir déterminé les différentes hypothèses d'abus de pouvoir nous montrerons que l'engagement du mandant se fonde bien sur l'idée d'apparence.

a) *Détermination de l'abus de pouvoir.*

106 — L'élément caché que constitue l'abus de pouvoir peut se rencontrer dans toutes les catégories de mandat. Le mandat civil n'en est pas exempt, ni le mandat commercial à caractère civil. Un commerçant, par exemple, donne pouvoir d'acheter des marchandises, mais le représentant infidèle accomplit l'opération pour son propre compte ; il ne faut pas hésiter à considérer alors

1. Voir n° 46.

2. T. com. Seine, 18 janvier 1924 (RTD. civ., 24.713, obs. Demogue).

le mandant comme débiteur du prix si les éléments de l'apparence se trouvent réunis.

Mais l'abus de pouvoir est de nature à se rencontrer plus fréquemment lorsque le mandat commercial revêt son caractère professionnel. Alors, l'opération conclue dans l'intérêt personnel du mandataire est bien souvent difficile à distinguer de celle conclue dans l'intérêt du mandant ; il n'est pas rare de voir des individus peu scrupuleux profiter de cette situation pour accomplir, dans le cadre de leur pouvoir de représentation professionnelle, des actes qui ne profitent qu'à eux. Dans une affaire récente¹, par exemple, le gérant d'une banque avait souscrit des bons de gestion servant à financer une production cinématographique qui n'avait rien à voir avec l'intérêt de la banque. Dans cette espèce, les règles du mandat apparent n'ont pas été appliquées, faute d'élément visible et d'élément psychologique ; mais, si ces éléments sont réunis, il faut considérer le mandant comme engagé par les actes accomplis dans l'intérêt exclusif du mandataire.

La question ne paraît pas s'être présentée en jurisprudence à propos du gérant salarié de fonds de commerce ni à propos du capitaine du navire. Il est cependant possible qu'un gérant ou un capitaine détourne ses pouvoirs dans son intérêt personnel et que cela donne lieu à l'application de l'idée d'apparence. Le propriétaire se trouvant engagé par les actes accomplis en apparence dans son intérêt².

107 — C'est en matière de gérance et d'administration de société que l'abus de pouvoir se rencontre le plus fréquemment. Gérants, administrateurs, ou directeurs peuvent user de ce procédé sans trop de danger car, surtout s'il s'agit d'une société de personnes, leur intérêt personnel est souvent difficile à distinguer de celui de la société ; cette dernière peut avoir intérêt à garantir une dette personnelle de son représentant, car le crédit social est inséparable du crédit personnel des associés³, et notamment de celui des dirigeants. En entretenant cette équivoque, les mandataires infidèles peuvent donc agir dans leur propre intérêt tout en paraissant représenter la société. L'abus de pouvoir, à la différence de l'excès de pouvoir, peut même être commis par le gérant d'une société à responsabilité limitée ; il suffit que celui-ci détourne ses pouvoirs légaux dans un but d'intérêt personnel.

Devant le danger que représente pour les sociétés la répétition de tels abus, le législateur a édicté des sanctions qui ont un but préventif : éviter que la réalité soit différente de l'apparence. S'il abuse de la signature sociale dans son intérêt personnel, le mandataire de la société commet un abus de confiance ; il est donc

1. Bourges, 15 oct. 1957 (D., 58.J.103).

2. Lyon-Caen et Renault, V. n° 185. — Ripert, Droit maritime, I, n° 289.

3. Percerou, Des abus de la raison sociale. Ann. D. Commer., 1898, 144.

passible des peines prévues par l'art. 408 du c. pén.¹ D'autre part, la loi de 1867 a édicté en matière de société par actions deux délits spéciaux, punis des peines de l'escroquerie et relatifs aux administrateurs qui, de mauvaise foi, ont employé dans un but d'intérêt personnel soit les biens ou le crédit de la société (art. 15, 3°), soit les pouvoirs qu'ils possèdent ; (art. 15, 7°)². Enfin dans l'hypothèse extrême où le mandataire de la société a couramment agi dans son intérêt personnel sous le couvert de la société, la faillite de cette dernière doit être étendue à ce gérant ou administrateur, en vertu de l'art. 10 du décret du 20 mai 1955³.

Si, malgré ces diverses sanctions préventives, un gérant ou un administrateur de société détourne ses pouvoirs dans son intérêt personnel, l'acte ainsi accompli n'engage normalement pas la société. Mais il en est autrement dans le cas où les conditions d'application de l'apparence se trouvent réunies, l'élément visible résultant principalement, comme nous le verrons⁴, de l'emploi de la signature sociale. Les tiers de bonne foi peuvent alors considérer la société comme engagée par l'acte abusif de son mandataire. Le plus souvent, il s'agit d'effets de commerce revêtus par un gérant ou un administrateur de la signature sociale, et destinés à régler une dette personnelle de ce gérant ou de cet administrateur.

A la différence de l'excès de pouvoir, l'abus de pouvoir est nécessairement caché, car il ne peut être révélé par la lecture des statuts. Seule une recherche approfondie permet aux tiers de déceler que le mandataire a agi dans son intérêt personnel ; exiger une telle recherche serait inconciliable avec les besoins de crédit et de rapidité⁵. Pour cette raison, le gérant ou l'administrateur est responsable à la seule condition que soient réunis un élément visible (la signature sociale) et un élément psychologique (la bonne foi des tiers).

b) *Fondement de l'engagement du mandant.*

108 — Comme partout ailleurs, la jurisprudence répugne à fonder directement l'engagement du mandant sur l'apparence. Mais l'explication habituelle — d'après laquelle le mandant serait en faute d'avoir créé une apparence trompeuse — se trouve ici en défaut. Quelle que soit la diligence du mandant, il ne peut

1. Leblond. Des abus de confiance commis par des administrateurs et des gérants ou directeurs de sociétés. J. des S., 1934.337.

2. Verdier, dans Etudes sous la direction de Hamel. Le droit pénal des sociétés anonymes, p. 195 et s.

3. Voir, entre autres : Lagarde. Les conditions de la mise en faillite des dirigeants de sociétés anonymes ou de S.A.R.L. Rev. gén. des faillites, 1939.265. — Solus. La réforme du droit des sociétés, n° 130 et s. — Legeais. L'extension de la faillite sociale. RTD Com., 1957.287.

4. Voir n°s 110 et s.

5. Thaller, note sous Req., 5 nov. 1900 (D., 02.1.5).

empêcher le mandataire d'utiliser ses pouvoirs à des fins personnelles ; quelle que soit sa diligence, il ne peut porter a priori l'abus de pouvoir à la connaissance des tiers (comme il pouvait le faire de l'excès de pouvoir).

Dans l'impossibilité d'invoquer l'art. 1382, la jurisprudence n'a pas abandonné pour cela l'idée de responsabilité civile : en matière d'abus de pouvoir, l'engagement du mandant se fonderait sur l'art 1384, al. 4, qui pose la responsabilité des commettants pour les actes de leurs préposés¹. Ce n'est donc plus la faute du mandant qu'il faut établir, c'est celle du mandataire ; ce dernier considéré comme un préposé, engage par sa faute la responsabilité de son mandant-commettant.

Nous avons déjà rencontré cette théorie à propos de l'excès de pouvoir, lorsque le mandant était responsable malgré la publicité de la limitation de pouvoir². Nous avons montré les insuffisances de cette explication. Celle-ci pourrait sembler ici plus solide car, en agissant dans un but d'intérêt personnel, le mandataire agit toujours dans l'exercice de ses fonctions, et tombe donc, semble-t-il, sous le coup de l'art. 1384, al. 4 ; de plus l'abus de pouvoir constitue, sans aucun doute, une faute civile. La théorie de la jurisprudence ne peut cependant être admise de façon générale car le lien de mandant à mandataire ne se double pas nécessairement d'un lien de commettant à préposé. Ce dernier lien existe peut-être entre le propriétaire d'un fonds de commerce et son gérant salarié³ ; mais il n'existe entre un commerçant et son représentant que si le contrat peut s'analyser en un louage de services⁴, et, surtout, les gérants et les administrateurs de société ne sont certainement pas des préposés, faute d'un lien de subordination assez étroit⁵.

Devant ces critiques, certains auteurs ont légèrement modifié la théorie jurisprudentielle : pour M. Léauté⁶, il y aurait une responsabilité délictuelle pour autrui plus large que celle prévue par l'art 1384, al. 4, qui engloberait les hypothèses dans lesquelles le représentant n'est pas un préposé. Mais cette théorie part de la constatation que le mandant, comme le commettant, a un pouvoir de surveillance, de contrôle, de maîtrise ; or, c'est précisément ce pouvoir qui est dénié aux catégories de mandants qui ne peuvent être considérés comme des commettants. Quant à l'idée subsidiaire d'après laquelle l'activité du mandataire serait un pro-

1. Civ., 5 déc. 1926 (DH., 27.50). — Req., 15 janv. 1936 (R. des S., 36.62). — Civ., 5 oct. 1955 (GP., 55.2.345).

2. Voir n° 100.

3. Cohen, II, n° 986.

4. Trib. correct. Seine, 10 oct. 1955 (D., 56.S.60).

5. Ripert, n° 743. — Escarra et Rault, I, n° 240.

6. Léauté. Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence. RTD. Civ., 1947.288 (II-B).

longement de celle du mandant, elle n'explique rien, car il s'agit justement de connaître la raison de ce « prolongement d'activité ».

Le mandant est engagé parce que les tiers ont pu légitimement croire que l'acte était accompli dans son intérêt. L'abus de pouvoir est nécessairement occulte ; si, donc, à cet élément caché, s'ajoutent un élément visible et un élément psychologique, les tiers peuvent se prévaloir de l'apparence et considérer le mandant comme engagé envers eux par l'acte qui, pourtant, était accompli dans le seul intérêt du mandataire. Seule, l'idée d'apparence permet de comprendre parfaitement l'exigence de l'emploi par le mandataire de la raison sociale¹, et celle de la bonne foi des tiers².

PARAGRAPHE 2. — L'ÉLÉMENT VISIBLE

109 — Pour que l'acte accompli par le mandataire en excès ou en abus de pouvoir engage le mandant, il importe que l'erreur des tiers ait été légitime. Ici comme ailleurs, cette légitimité

découle de l'existence d'un élément visible contraire à la réalité, tel qu'un individu moyen puisse croire, à la seule vue de l'acte, que celui-ci est accompli dans le cadre du mandat. L'élément visible consiste donc en certains caractères que revêt normalement un acte accompli dans la limite des pouvoirs et dans l'intérêt du mandant. Les règles de l'apparence trouvent à s'appliquer dans l'hypothèse exceptionnelle où, malgré la présence desdits caractères, l'acte est excessif ou abusif.

Les caractères propres à tromper les tiers sur la véritable nature de l'acte accompli sont de deux sortes : les uns tiennent à la forme, les autres au fond.

A. — *Élément visible tenant à la forme de l'acte accompli.*

Pour marquer aux yeux des tiers qu'un acte a été accompli dans le cadre du mandat, le droit commercial utilise volontiers la forme³, car celle-ci ne nécessite aucune recherche compliquée et satisfait donc aux besoins de rapidité. L'hypothèse qui nous intéresse est celle dans laquelle la forme a été employée à tort, c'est-à-dire celle dans laquelle un acte abusif ou excessif revêt la même forme que s'il avait été réellement accompli dans le cadre du mandat.

Mais le formalisme n'est prévu par la loi qu'à propos de la gérance des sociétés de personnes : il est alors constitué par l'emploi de la raison sociale. Ailleurs, la forme plus vague et moins décisive, ne peut résulter que des usages.

1. Voir n° 110.

2. Voir n°s 125-126.

3. Alors que la publicité renseignait les tiers sur l'étendue des pouvoirs du mandataire, le formalisme indique que l'acte est accompli dans le cadre du mandat.

a) *Forme de l'acte accompli par le gérant d'une société de personnes (abus de la raison sociale)* ¹.

110 — L'art. 22 c. com. dispose que la société est engagée par l'acte revêtu de la raison sociale. Cette dernière, formée par les noms des associés indéfiniment responsables, est donc la marque formelle destinée à avertir les tiers que le mandataire agit bien dans le cadre de son mandat.

Mais il est possible que l'élément visible ne corresponde pas à la réalité : le gérant signe sous la raison sociale un acte par lequel il détourne ses pouvoirs, ou encore un acte qui dépasse ses pouvoirs. Cette fraude, connue sous le nom d'abus de la raison sociale, donne lieu à l'application de l'idée d'apparence. La société est engagée envers les tiers de bonne foi, car ceux-ci, à la seule vue de la raison sociale, ont pu légitimement compter sur cet engagement. Cette solution est admise de façon très ferme par la jurisprudence ².

On limite en général l'abus de la raison sociale à l'hypothèse dans laquelle le gérant a utilisé ses pouvoirs dans son intérêt personnel ³. Alors, en effet, l'emploi de la raison sociale constitue toute l'apparence : un acte accompli dans la limite des pouvoirs et sous la raison sociale engage de toute façon la société, même s'il constitue un abus de pouvoir. Mais il ne faut pas négliger le rôle que joue la raison sociale dans l'hypothèse où l'acte constitue un excès de pouvoir ⁴. Sans doute, l'emploi de la raison sociale ne suffit pas alors à engager la société ; il faut aussi, comme nous l'avons vu, que la limitation de pouvoir soit *occulte* ; il faut encore, comme nous le verrons, que l'acte rentre dans les pouvoirs normaux du gérant. Il n'en reste pas moins qu'en matière d'excès de pouvoir, l'emploi de la raison sociale contribue à tromper les tiers, et par conséquent constitue une première sorte d'élément visible.

111 — Nous sommes donc en présence d'une apparence formaliste, analogue à celle qui caractérise les effets de commerce ⁵ ; l'engagement d'une personne résulte de l'inscription de formules déterminées sur une feuille de papier. Mais notre formalisme moderne n'a pour but que la protection des tiers ; dans le cas où il n'est pas conforme à la réalité, il crée seulement un élément visible constitutif d'apparence, qui ne suffit pas à faire naître une obligation. Ainsi, la société n'est pas engagée au seul motif que la raison sociale a été employée ; elle est engagée parce que

1. Percerou. Les abus de la raison sociale. Ann. D. comm., 1898, 118. — Lecouturier. Article dans la loi, 26 et 29 mars 1905.

2. Req., 25 oct. 1913 (S., 19.1.34). — Lyon, 21 mars 1921 (Mon. jur. de Lyon, 23 janvier 1922).

3. Ripert, n° 742. — Escarra, n° 614. — Escarra et Rault, I, n° 239.

4. Percerou. Art. préc., p. 127 et s. — Req., 8 mai 1940 (JCP., 40.11.1610, note Bastian).

5. Voir n° 227.

l'emploi de cette raison sociale a été de nature à faire croire aux tiers que l'acte était accompli dans le cadre du mandat. Il est donc nécessaire, pour que la société soit engagée, que les autres éléments de l'apparence soient réunis, et notamment que les tiers aient effectivement été trompés¹.

Ainsi, la forme de l'art. 22 c. com. permet aux tiers d'être renseignés par un examen rapide et succinct. Elle s'adapte mieux aux besoins du droit commercial que la publicité, d'un manie-ment trop lourd. Les tiers n'hésiteront jamais à contracter avec un gérant qui signe sous la raison sociale, car ils savent qu'ils peuvent compter sur l'engagement de la société et sur celui corrélatif des associés indéfiniment responsables.

112 — Ces considérations doivent conduire à rendre inopposables aux tiers les clauses par lesquelles les associés se déchargeraient de tous les engagements étrangers aux affaires sociales, fussent-ils souscrits sous la raison sociale. Certaines décisions² avaient considéré ces clauses comme opposables aux tiers à condition qu'elles eussent été publiées. Cette solution est critiquable, car elle enlève toute utilité à la disposition de l'art. 22 c. com. : si elle était admise, la clause deviendrait de style et les tiers seraient obligés de se livrer à des investigations compliquées avant de traiter avec le gérant de la société. Il faut donc, avec la jurisprudence dominante³, dénier tout effet envers les tiers aux clauses par lesquelles les associés tendraient à se soustraire à l'application de l'idée d'apparence⁴. La raison sociale constitue nécessairement un élément visible sur lequel tout le monde peut compter.

b) Forme de l'acte accompli par les autres mandataires commerciaux.

113 — On pourrait concevoir, dans chaque catégorie de mandat, une marque formelle analogue à la raison sociale des sociétés de personnes, en présence de laquelle les tiers sauraient que le mandataire agit dans la limite de ses pouvoirs et dans l'intérêt du mandant. Mais notre droit commercial n'a pas poussé le formalisme jusqu'à ce point ; les seules marques extérieures propres à renseigner les tiers résultent des usages et ne peuvent donc avoir une efficacité comparable à celle de la raison sociale. Ces marques formelles contribuent pourtant à constituer un élément visible qui peut, s'il est contraire à la réalité, donner lieu à l'application des règles de l'apparence.

1. Voir n° 125.

2. Paris, 18 déc. 1903 (R. des S., 03.328). — Amiens, 7 avril 1914 (J. des S., 15.39). En ce sens : Thaller, p. 463.

3. Cass., 7 juillet 1920 (Rev. jurid. soc., 20.232).

4. Voir sur cette question : J.-Cl. Perrier, chronique au JCP., 1958. 1.1462).

Une première catégorie de ces marques formelles se rapproche beaucoup de la raison sociale. Il s'agit d'une formule accompagnant la signature du mandataire et signifiant sans équivoque que celui-ci agit pour le compte de son mandant. Ainsi, dans les sociétés anonymes, et les sociétés à responsabilité limitée, le mandataire fait suivre son nom de la qualité de gérant, administrateur ou président-directeur général ; souvent même les statuts déterminent les formes à employer dans les actes accomplis au nom de la société¹. De même, un gérant salarié de fonds de commerce peut indiquer, avant de signer, qu'il agit pour le compte du propriétaire. De manière générale, tout mandataire commercial a soin de faire précéder sa signature de mentions telles que « pour le compte de... » ou « par procuration ».

Ces diverses formules n'ont pas la force que revêt la raison sociale dans les sociétés de personnes, car elles ne sont pas sanctionnées par la loi et ne suffisent donc dans aucun cas à faire présumer que l'acte a été accompli dans la limite des pouvoirs et dans l'intérêt du mandant. Mais elle contribuent, avec d'autres manifestations extérieures, à créer un élément visible susceptible de tromper les tiers. Ceux-ci, à la vue de la mention « pour le compte de... », peuvent légitimement penser que l'acte rentre dans le cadre du mandat ; si le mandataire a dépassé ou détourné ses pouvoirs, l'élément visible né de la forme a une influence certaine pour l'application de l'idée d'apparence ; c'est en grande partie grâce à lui que les tiers peuvent tenir le mandat pour obligé².

114 — Même dans le cas où la signature du mandataire n'est pas accompagnée de mentions significatives, la forme de l'acte peut encore créer un élément visible susceptible de tromper les tiers. C'est ainsi que l'emploi par le mandataire du papier commercial du mandant peut faire croire aux tiers que l'acte rentre dans le cadre du mandat³ ; le gérant salarié d'un fonds de commerce, notamment, crée une apparence trompeuse s'il rédige des actes accomplis dans son intérêt personnel sur un papier qui porte la dénomination du fonds de commerce et le nom de son propriétaire. Autre source possible d'élément visible : le libellé de l'acte. Un mandataire de société, par exemple, achète des marchandises pour son compte personnel, mais indique dans l'acte que cet achat est conforme à l'objet social.

On pourrait multiplier les exemples analogues. De toute façon, il s'agit d'un élément visible résultant de la forme : l'acte est rédigé comme il le serait s'il rentrait dans les pouvoirs du mandatai-

1. Pic et Kreher, II, n° 2081.

2. C'est ainsi que la Cour de Bourges a décidé, le 15 oct. 1957 (D., 58.J.103), qu'une société de banque n'était pas tenue par l'acte excessif de son gérant lorsque celui-ci avait formellement indiqué qu'il agissait en son nom personnel et non en sa qualité de gérant.

3. Req., 21 mars 1910 (S., 13.1.297).

re et s'il était accompli dans l'intérêt du mandant. Mais le plus souvent la forme doit être renforcée par un autre élément visible, tenant au fond de l'acte.

B. — *Elément visible tenant au fond de l'acte accompli.*

115 — Les tiers peuvent légitimement croire à l'engagement du mandant si la nature de l'acte accompli par le mandataire est conforme à celle que revêt habituellement l'acte rentrant dans le cadre du mandat. Les tiers peuvent ignorer l'excès de pouvoir si l'acte excessif rentre dans les pouvoirs normalement reconnus aux mandataires de la catégorie considérée : l'élément visible résulte de la « normalité » de l'acte. En ce qui concerne l'abus de pouvoir, l'erreur des tiers provient du but de l'acte, apparemment conforme à l'intérêt du mandant ; l'élément visible résulte alors de la « finalité » de l'acte.

a) *Normalité de l'acte accompli.*

116 — Lorsque le mandataire accomplit un acte en dehors de ses pouvoirs, le mandant n'est obligé, en vertu des règles de l'apparence, que si l'acte rentre dans les pouvoirs normalement reconnus, dans l'opinion générale, au mandataire considéré. Cette catégorie d'élément visible est indispensable à l'apparence : il ne suffirait pas que le mandataire ait expressément indiqué qu'il agissait pour le compte du mandant, il faut encore que l'acte soit « normal ». L'erreur des tiers n'est légitime que si elle s'appuie aussi sur la nature profonde de l'acte.

Pour que l'acte d'un mandataire puisse être qualifié de normal, il est indispensable qu'il soit accompli dans le cadre professionnel. Lorsqu'en effet le mandataire accomplit une opération bien déterminée, personne ne peut savoir si cette opération est de nature à rentrer dans les pouvoirs normalement conférés par le mandant¹. Mais il en est autrement lorsque le mandataire est un professionnel, un organe permanent ; les usages commerciaux reconnaissent alors à cette personne un certain nombre de pouvoirs déterminés. Le mandant peut limiter contractuellement ces pouvoirs usuels, comme nous l'avons vu², mais les tiers peuvent légitimement ignorer cette limitation si l'acte rentre dans les pouvoirs normaux. Si bien qu'en matière d'excès de pouvoir l'idée d'apparence trouve à s'appliquer pour les actes au-delà de la limitation contractuelle, mais en deçà de la limitation usuelle. L'élément visible essentiel est donc ici celui qui résulte de la nature de l'acte accompli par le mandataire.

117 — Lorsqu'il s'agit d'une société de personnes, les pouvoirs normaux du mandataire résultent de l'art. 1856, al. 1 du C. Civ.

1. Pour le mandat commercial à caractère civil, l'élément visible ne peut donc résulter que de la forme de l'acte.

2. Voir n^{os} 98 et s.

en vertu duquel le gérant peut accomplir « tous les actes qui dépendent de son administration », c'est-à-dire, selon l'opinion courante, toutes les opérations rentrant dans l'objet social¹. En matière de société de capitaux, les tiers ont le plus souvent en face d'eux le président-directeur général ; celui-ci est d'une part l'organe d'exécution des décisions du conseil d'administration ; il a donc aux yeux des tiers les pouvoirs reconnus à ce conseil quant à la représentation de la société. Le président-directeur général possède d'autre part des pouvoirs propres de représentation, qui tiennent à l'idée de direction et sur lesquels les tiers peuvent compter². Quant aux sociétés à responsabilité limitée, nous savons³ que les pouvoirs du gérant sont impérativement énumérés par la loi, et qu'on ne peut donc concevoir une limitation à des pouvoirs normaux.

Que les tiers contractent avec un gérant de société ou avec un président-directeur général, ils peuvent donc compter que certains actes rentrent normalement dans les pouvoirs de ces mandataires. Ce sont d'une part les actes qui tendent à la conservation et à l'administration du patrimoine social, d'autre part ceux qui ont pour but la réalisation de l'objet social. Le contenu des pouvoirs normaux ne peut donc être défini in abstracto puisqu'il dépend du contenu du patrimoine social et de la nature de l'objet social. Les juges doivent apprécier espèce par espèce si la nature de l'acte était susceptible de faire croire aux tiers que le mandataire agissait dans la limite des pouvoirs qui lui avaient été conférés par la société. Ainsi, une société a été déclarée responsable des traites signées par un directeur de succursale, malgré une clause des statuts le lui interdisant, car la signature d'effets de commerce rentre dans les pouvoirs normalement reconnus aux mandataires de société⁴. Ainsi encore, une société a été condamnée à payer un achat de vin effectué par son gérant en excès de pouvoir, car ladite société ayant pour objet l'exploitation d'un café, les tiers pouvaient penser que l'achat de vin rentrait dans les pouvoirs du gérant⁵⁻⁶.

118 — Les gérants salariés de fonds de commerce ont aussi des pouvoirs normaux : ils peuvent accomplir, conformément à

1. Civ., 17 mars 1926 (D., 27.1.118, note A.C.).

2. Hamel. Les pouvoirs du président-directeur général d'après la loi du 4 mars 1943 (GP., 43.2. Doct. 59). — Vernon. Le président-directeur général des sociétés, 1958.

Le président-directeur général a des pouvoirs normaux pouvant donner lieu à l'application de la théorie de l'apparence, mais il n'a pas, comme le gérant de S.A.R.L., des pouvoirs légaux. Contra : Doctrine au Bull. inform. jurid. et fisc. soc., 1958.231.

3. Voir n° 46.

4. Req., 31 mars 1910 (S., 13.1.297).

5. Req., 14 janvier 1920 (S., 20.1.272).

6. Inversement, il a été jugé que le contrat de cautionnement ne rentre pas dans les pouvoirs normaux du directeur d'une compagnie de transports maritimes. Paris, 11 janvier 1928 (DH., 28.279).

l'art. 1988 du c. civ. tous les actes d'administration rendus nécessaires par le fonctionnement de l'entreprise¹. Si, par conséquent, un de ces actes est interdit par le propriétaire, ce dernier peut malgré tout être engagé, car les tiers ont pu légitimement croire que l'acte rentrait dans le cadre du mandat.

Les pouvoirs normaux des capitaines de navire résultent de l'art. 232 du c. com. Le capitaine peut accomplir tous les actes nécessaires à l'exploitation maritime : engagement de l'équipage, réparations avant le départ ou en cours de route, achat d'agrès et de vivres, affrètements ou résiliation des affrètements consentis. L'idée d'apparence trouve donc à s'appliquer pour les actes rentrant dans cette liste, mais interdits contractuellement par le propriétaire du navire.

119 — Il faut étendre les solutions dégagées à propos des mandataires de sociétés, des gérants de fonds de commerce et des capitaines de navire pour les appliquer à toutes les catégories de mandataires permanents. Dans chaque profession, les usages délimitent le contenu normal des pouvoirs et le mandant risque toujours d'être responsable des actes accomplis dans le cadre de ce contenu. Les usages varient évidemment d'une profession à l'autre, et quelquefois même d'une région à l'autre ; il s'agit donc d'une pure question de fait. Mais le mandant peut être engagé par l'acte excessif du mandataire chaque fois qu'un élément visible suffisant se dégage de la conformité de cet acte avec les habitudes courantes de la profession².

De telles solutions tendent incontestablement vers une conception organique du mandat, comparable à celle allemande de la « prokura », dans laquelle la convention particulière est impuissante à modifier les pouvoirs du représentant. Mais nos solutions sont plus souples car elles sont dictées par l'apparence et non par une règle légale : il ne suffit pas, pour que le mandant soit engagé, que l'acte rentre dans les pouvoirs normaux, il faut encore que la limitation soit occulte³ et que les tiers aient effectivement ignoré cette limitation⁴.

b) *Finalité de l'acte accompli.*

120 — Lorsque le mandataire commet un abus de pouvoir, l'élément visible ne peut plus être recherché dans la normalité de l'acte accompli, puisque cet acte rentre effectivement dans les pouvoirs conférés. Aussi, l'élément visible essentiel est dans cette hypothèse, comme nous l'avons dit⁵, celui relatif à la for-

1. Nancy, 25 fév. 1890 (D., 90.2.347).

2. Alger, 7 juin 1899 (D., 01.2.181). — Paris, 14 fév. 1911 (GP., 11.2.92). — T. com. Seine, 18 janv. 1924 (RTD. Civ., 1932.418, obs. Demogue).

3. Voir nos 104 et s.

4. Voir n° 122.

5. Voir n° 110.

me de l'acte : pour que le mandant soit engagé, il est nécessaire que le mandataire ait indiqué sur l'acte qu'il agissait pour le compte du mandant. Mais il ne faut pas négliger, à côté de la forme, une autre catégorie d'élément visible, qui résulte du but apparent de l'acte accompli par le mandataire : les tiers sont en droit d'ignorer l'abus de pouvoir si l'acte, par sa nature, paraît avoir pour but l'intérêt du mandant.

La finalité apparente n'a pas à être recherchée dans toutes ces hypothèses. Elle est superflue lorsqu'il s'agit d'un gérant de société qui abuse de la raison sociale, car l'emploi de cette dernière suffit à constituer tout l'élément visible. La finalité de l'acte n'a pas à jouer, non plus quand le mandataire signe un effet de commerce en abusant de ses pouvoirs, car cet acte est abstrait et ne peut donc avoir de but apparent.

Mais, dans de nombreux cas, l'élément visible résultant de la forme de l'acte est corroboré par celui résultant de son but apparent. Les tiers sont par exemple en droit d'ignorer l'abus de pouvoir si l'acte est un de ceux qu'accomplit habituellement le mandant dans l'exercice de sa profession, ou encore si le paiement est stipulé au domicile du mandant. De façon générale, un élément visible se dégage de la finalité de l'acte chaque fois que celui-ci revêt une nature identique à celle d'un acte réellement destiné à profiter au mandant ; les tiers sont alors en droit de croire que l'acte est effectivement accompli dans l'intérêt du mandant et peuvent donc tenir celui-ci pour obligé.

PARAGRAPHE 3. — L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE.

121 — Un mandataire dépasse ou détourne ses pouvoirs, mais paraît agir dans le cadre de son mandat. L'élément caché et l'élément visible sont donc réunis. Cela ne suffit cependant pas pour que le mandant soit engagé ; il faut encore un élément psychologique : le mandant est obligé seulement envers les tiers qui sont de bonne foi, c'est-à-dire envers ceux qui ont ignoré l'excès ou l'abus de pouvoir. Eux seuls méritent la protection de l'apparence, puisqu'ils se sont trompés et que leur erreur est nécessairement légitime.

La bonne foi se présume : après que le tiers a établi l'existence d'un élément caché et d'un élément visible, c'est au mandant de prouver que son adversaire ne s'est pas laissé tromper par l'apparence. La bonne et la mauvaise foi doivent être appréciées au moment de la conclusion du contrat entre le tiers et le mandataire, car c'est à ce moment que le tiers a pris ses risques.

L'exigence de la bonne foi est admise sans difficulté lorsque l'apparence est étrangère à toute publicité. Elle pose par contre certains problèmes lorsque l'élément caché résulte d'un défaut de publicité.

A. — *Bonne foi en dehors de la publicité.*

La bonne foi des tiers est couramment exigée lorsque l'élément caché ne résulte pas d'un défaut de publicité. Une telle hypothèse se rencontre en matière d'excès de pouvoir comme en celle d'abus de pouvoir.

a) *Bonne foi en cas d'excès de pouvoir.*

122 — Le caractère occulte de l'excès de pouvoir ne résulte pas d'un défaut de publicité chaque fois que la limitation de pouvoir n'est soumise à aucune publicité, c'est-à-dire lorsque l'excès n'est commis ni par un mandataire de société ni par un gérant salarié de fonds de commerce¹. En dehors de ces deux cas, en effet, le mandant n'a aucun moyen qui lui permette de publier l'étendue des pouvoirs conférés à son mandataire (capitaine de navire, agent ou représentant de commerce, préposé de banquier, etc...). Il est par conséquent hors de doute que les tiers, pour être protégés par l'apparence, doivent avoir personnellement ignoré l'excès de pouvoir commis par le mandataire.

Le plus souvent, cette ignorance se confond avec celle de la limitation apportée par le mandant aux pouvoirs du mandataire. Ignorant la limitation, le tiers ignore du même coup l'excès de pouvoir. Avec l'élément psychologique, il ne faut pas confondre le caractère occulte de la limitation, qui relève de l'élément caché et qui résulte de la nature de la procuration confiée au mandataire ; malgré le caractère occulte de la procuration, le tiers peut avoir acquis une connaissance personnelle de la limitation. Pour que le mandant soit engagé, la réunion des deux éléments est indispensable, il faut d'une part que la limitation soit occulte et il faut d'autre part que le tiers ait personnellement ignoré la limitation ; la seconde condition implique une erreur, et la première implique que cette erreur est légitime. La preuve de l'apparence objective incombe au tiers, la preuve de la connaissance personnelle incombe au mandant.

123 — Lorsque le capitaine commet un excès de pouvoir en contractant dans la demeure de l'armateur ou de son fondé de pouvoir² l'ignorance de la réalité ne résulte pas de celle de la limitation (car cette limitation est légale) ; le tiers est alors de bonne foi s'il ignore que l'armateur demeure dans le port du contrat. Ici comme ailleurs, la bonne foi se présume : c'est au propriétaire du navire de prouver que le tiers savait que l'armateur ou son fondé de pouvoir demeurerait dans le port où le contrat avait été conclu. Ripert³ remarque justement qu'on devrait admettre plus difficilement la bonne foi lorsqu'il s'agit du port

1. Voir n^{os} 103 et 104.

2. Ripert. Droit maritime, I, n^o 819.

3. Voir n^o 102.

d'attache, car le propriétaire y est presque toujours présent ou représenté. Nous ajouterons que, de façon générale, cette bonne foi est d'autant plus difficile à admettre que, les armateurs en arrivent à posséder des bureaux et des agents dans la presque totalité des ports nationaux ¹.

124 — Nous savons qu'une jurisprudence récente ² tend à considérer le mandant, notamment la société, comme engagé par l'acte excessif de son mandataire même si la limitation des pouvoirs a été publiée. Dans cette hypothèse comme dans les précédentes, l'élément caché est étranger à la publicité, puisque celle-ci est impuissante à dévoiler la réalité. L'arrêt de la Cour de Cassation de 1940 ³, qui se fonde sur l'art. 184, al. 4 du c. com. ne parle pas de bonne foi. Il semble cependant logique de l'exiger ici comme ailleurs. Mais on aboutit alors à un résultat singulier : la société, pour se décharger, doit prouver que le tiers a bien appris par la publicité la limitation des pouvoirs, en un mot elle doit prouver que la publicité a bien rempli son rôle. C'est la solution de l'arrêt de 1940 qu'il faut critiquer car elle aboutit à dénuier de toute efficacité les formalités de publicité.

b) Bonne foi en cas d'abus de pouvoir.

125 — L'élément caché ne peut pas résulter d'un défaut de publicité lorsqu'il consiste en un abus de pouvoir. Le mandant ne possède en effet aucun moyen pour porter cet abus à la connaissance du public. Comme dans tous les cas où l'apparence est étrangère à la publicité, la bonne foi est donc exigée : le mandant est engagé seulement envers les tiers qui, en contractant avec le mandataire, ignoraient l'abus de pouvoir commis par celui-ci.

Ici, encore, il faut se garder de confondre l'erreur individuelle, la bonne foi, avec l'apparence objective, qui résulte principalement de la forme de l'acte. Il ne suffit pas que le mandataire ait employé une formule indiquant qu'il agissait pour le compte de son mandant ; il faut encore que cette formule ait affectivement induit un co-contractant en erreur, celui-ci ignorant que le mandataire agissait en réalité dans son propre intérêt.

La bonne foi est même exigée lorsque le gérant d'une société a abusé de la raison sociale, car notre formalisme, à la différence de celui connu par les droits antiques, n'a pour but que de protéger les tiers ⁴ et perd donc son efficacité à l'égard du tiers qui n'est pas digne d'être protégé. Pour cette raison, l'emploi de la raison sociale ne peut, malgré la lettre de l'art. 22 c. com., engager la société envers un tiers qui connaissait le détournement de

1. V., par exemple, T. Com. Seine, 18 janvier 1955, chalutier « Force-à-Tout » (DMF., 56.307).

2. Req., 8 mai 1940 (JCP., 41.11.1610, note Bastian).

3. Préc.

4. Voir n° 227.

pouvoir commis par le gérant¹. En droit romain, par contre, la valeur de l'engagement né « verbis » ne dépendait en aucune façon de la bonne foi du créancier.

126 — Pour se décharger, le mandant doit donc prouver la mauvaise foi du tiers qui a contracté avec le mandataire. Mais il ne lui suffirait pas de prouver que le tiers savait que l'opération concernait personnellement le mandataire ; il doit encore établir que ce tiers connaissait l'abus de pouvoir commis par le mandataire². Cette distinction n'est pas seulement théorique ; en matière de société notamment, elle revêt une grande importance pratique, car les associés ont souvent intérêt à garantir la dette de leur gérant³ ; connaître le caractère personnel de la dette n'est donc pas nécessairement connaître l'abus de pouvoir. Seule, cette dernière connaissance est constitutive de mauvaise foi, seule donc elle dégage le mandant de toute responsabilité. Ces explications permettent de comprendre que le tiers ne soit pas nécessairement de mauvaise foi lorsqu'il est le créancier personnel du mandataire : il connaît sans doute le caractère personnel de la dette, mais il peut penser que le mandant entend garantir cette dette⁴. Le mandant doit faire la preuve que le créancier personnel connaissait la fraude commise par le mandataire en usant de la signature sociale.

Connaissance de l'abus de pouvoir, la mauvaise foi ne se confond pas avec la complicité frauduleuse. Un tiers peut connaître la fraude commise par le mandataire sans pour cela s'en être rendu complice, il doit cependant être privé de tout recours contre le mandant. Cette solution est dictée par l'apparence ; seuls les tiers induits en erreur méritent protection ; tous les autres, même ceux non coupables d'intention frauduleuse, doivent supporter le risque qu'ils ont pris en contractant en connaissance de cause avec un mandataire qui commettait un abus de pouvoir.

B. — *Bonne foi et défaut de publicité.*

127 — On peut se demander s'il convient toujours d'exiger la bonne foi lorsque l'élément caché provient d'un défaut de publicité, car prouver la mauvaise foi revient alors à prouver la connaissance malgré le défaut de publicité. Cela se rencontre lorsqu'un excès de pouvoir est commis soit par un mandataire de société, soit par un gérant salarié de fonds de commerce. Dans

1. Lyon-Caen et Renault, n° 292. — Escarra et Rault, I, n° 239.

2. Crim., 12 déc. 1903 (D., 04.1.70). — Req., 27 mars 1911 (D., 16.1.222). — Lyon, 21 juin 1911 (J. des S., 13.226). — Amiens, 7 avril 1914 (J. des S., 15.39).

3. Percerou. Annales de D. comm., 1898, p. 144.

4. Percerou. Art. cité, p. 138 et s.

l'un et l'autre cas, le mandant peut porter la limitation de pouvoir à la connaissance des tiers au moyen d'une publicité¹. Dans l'un et l'autre cas, les règles du mandat apparent trouvent à s'appliquer dans le cas où cette publicité n'a pas été faite. Dès lors, si l'on permet au mandant d'établir que le tiers était de mauvaise foi lorsqu'il contractait avec le mandataire, on lui permet du même coup de prouver que ce tiers a connu la limitation de pouvoir par une voie différente de la publicité. N'est-ce pas aller à l'encontre de l'idée de publicité ? Celle-ci n'est-elle pas le seul moyen de rendre la réalité opposable aux tiers ?

Cette question est analogue à celle qui se pose à propos de la responsabilité du propriétaire de fonds de commerce pour les actes de son locataire-gérant, avant l'accomplissement de la publicité². Mais, ici, en l'absence de texte législatif, la réponse est beaucoup moins controversée ; doctrine³ et jurisprudence⁴ exigent la bonne foi. Le mandant peut donc prouver que le tiers a connu, malgré l'absence de publicité, la limitation apportée aux pouvoirs du mandataire. Sans doute, cette preuve est difficile, comme toutes celles relatives à un état psychologique, et cela explique la rareté des décisions admettant en cette matière la mauvaise foi du tiers contractant. Mais la possibilité d'une telle preuve a une grande importance théorique, car elle marque exactement le rôle assigné par notre droit commercial aux formalités de publicité.

128 — La publicité, en effet, a pour but de renseigner les tiers, mais non de créer un droit en leur faveur. Même si elle n'a pas été publiée, la réalité est donc opposable aux tiers qui l'ont connue par un autre moyen. Dans le cadre de l'apparence, le défaut de publicité crée un élément caché, mais il ne peut supprimer l'exigence de l'élément psychologique. Pour que le mandant soit engagé, cet élément psychologique est indispensable ; s'il fait défaut, le tiers ne mérite aucune protection car il ne s'est pas trompé sur la nature excessive de l'acte accompli par le mandataire.

En exigeant la bonne foi, on ne porte en aucune façon atteinte aux besoins du crédit. De deux choses l'une : ou le tiers connaît, en contractant avec le mandataire, la limitation des pouvoirs, ou il ne la connaît pas. Mais ce tiers n'a pas à chercher à la connaître, il n'a pas avant de contracter, à procéder à des

1. Voir nos 99 et 101.

2. Voir nos 95 et 96.

3. Sur les gérants de société : Escarra, n° 619. — Escarra et Rault, I, n° 235.2. Sur les gérants salariés de fonds de commerce : A. Weill au J.C. Fonds de C., v° gérance salariée, n° 152.

4. Req., 31 oct. 1887 (D., 88.1.472). — Douai, 7 mars 1899 (D., 02.2.6).

investigations sur l'étendue exacte des pouvoirs de la personne avec laquelle il traite. Nous dirons même qu'il n'a pas intérêt à le faire, car cela risque soit de l'empêcher de contracter, soit de le constituer de mauvaise foi. La rapidité et la sécurité des opérations commerciales sont donc sauvegardées. Le défaut de publicité¹ et la normalité de l'acte² suffisent à rendre légitime l'erreur commise par le tiers. L'élément psychologique implique l'existence de cette erreur.

1. C'est pour arriver à plus de rapidité encore que certaines décisions (voir nos 99 et 101) n'exigent même pas le défaut de publicité. L'erreur des tiers est alors légitime à la seule condition de la normalité de l'acte, solution qui rapproche le mandataire du « procuriste » allemand.

2. Voir nos 116 et s.

CHAPITRE II

SOCIÉTÉS APPARENTES

129 — Une société apparente n'a pas réellement d'existence valable, mais elle paraît en posséder une. L'idée d'apparence trouve à s'appliquer en cette matière puisque les tiers de bonne foi sont admis à considérer la société pour ce qu'elle leur est apparue, c'est-à-dire existante et régulière.

On ne peut pas parler d'apparence en matière de société sans penser aussitôt à la notion de société de fait. Cette dernière notion est en effet quelquefois fondée sur l'idée d'apparence. Mais il faut se garder d'assimiler les deux théories car elles se recouvrent dans quelques hypothèses seulement.

En matière de société de fait, il convient en effet de distinguer soigneusement, comme le font tous les auteurs¹, les effets entre parties et ceux à l'égard des tiers. C'est à l'égard de ces derniers seulement que l'idée d'apparence peut jouer, car une telle idée, en vertu d'un principe tout à fait général², ne se conçoit pas dans les rapports entre les parties ; pour ces rapports, il faut trouver un autre fondement, il faut admettre que certaines nullités ont des effets limités et que, pour le passé, elles laissent intact en tout ou en partie le contrat social.

La notion de société de fait ne repose donc pas sur un fondement unique, mais bien sur deux fondements distincts³. L'un concerne les rapports entre parties, c'est-à-dire le partage à effectuer entre elles au moment de l'annulation : l'admission d'une société de fait permet alors de partager selon les stipulations du pacte social. L'autre fondement, l'apparence, ne concerne que les effets à l'égard des tiers, c'est-à-dire le maintien des actes passés avec la société nulle (celle-ci a pu en effet devenir créancière, débitrice, elle a pu consentir des aliénations, des hypothèques).

1. Voir, notamment : Escarra et Rault, n^{os} 186 et s.

2. Voir n^o 22.

3. Cette dualité est particulièrement marquée dans un arrêt de la Cour de Cass., ch. com., 9 juin 1958 (GP., 9 sept. 58), qui examine successivement les conditions d'existence d'une société de fait entre parties, puis à l'égard des tiers. — Voir aussi : Paris, 29 juillet 1935 R. des S., 35.285).

C'est le premier fondement, et non le second, qui définit le domaine des sociétés de fait : la nullité ne laisse place à une société de fait que si ses effets sont assez limités pour laisser intact le pacte social ; l'apparence est, en matière de société de fait, une idée surajoutée qui permet de comprendre les effets de telles sociétés à l'égard des tiers.

130 — Si, la plupart du temps, une société de fait, est aussi une société apparente, cette coïncidence n'a rien de nécessaire. On peut très bien concevoir une société nulle qui vaut comme société de fait et dont cependant l'existence n'est pas apparente. Une telle hypothèse se rencontre principalement dans une catégorie de sociétés de fait que l'on a coutume de désigner par l'expression « société créée de fait » ; plusieurs personnes, collaborant sur un pied d'égalité à une même exploitation, forment plus ou moins consciemment une société, sans rédiger d'écrit et sans observer les règles de publicité. De telles sociétés sont donc nulles, mais la jurisprudence² invoque la notion de société de fait pour liquider d'après les principes généraux des sociétés. L'exemple typique est celui des concubins qui exploitent en commun un fonds de commerce. Or, l'existence d'une société créée de fait peut rester cachée aux yeux des tiers³ ; ceux-ci, par exemple, peuvent n'être entrés en relations qu'avec l'un des concubins et n'avoir pas su que celui-ci agissait pour le compte de la société qu'il avait créée de fait avec sa concubine⁴. On ne peut pas parler alors de société apparente ; il faut donc limiter aux rapports entre parties les conséquences d'une telle société de fait, qui constitue une véritable association en participation de fait, et qui sort de notre propos.

Nous aurons par contre à nous occuper de nombreuses sociétés apparentes qui ne sont pas des sociétés de fait. Le domaine de ces dernières correspond en effet à certaines catégories de nullité seulement (celles qui ne touchent pas le pacte social)⁵, on conçoit que la notion de société apparente ne se limite pas à ces seules catégories, elle peut encore s'appliquer aux autres catégories, de sociétés nulles, comme les sociétés illicites : elle peut même s'appliquer à des sociétés inexistantes comme les sociétés de façade.

1. Au moins, en prenant l'expression « Société de fait » dans son sens le plus courant. Certaines décisions tendent à confondre « Société de fait » et « Société apparente ». V., par exemple : Paris, 29 juillet 1935, à la R. des S., 35.285, ou encore « Société de fait » et « Société nulle » (V.n° 148).

2. Voir, notamment : Civ., 1^{er} déc. 1952 (D., 53.J.90). Nancy, 24 oct. et 15 nov. 1956 (D.57.J.26).

3. Il ne faudrait pas croire qu'une société créée de fait est nécessairement cachée aux yeux des tiers. Elle peut être une société apparente, par exemple, si les concubins se sont comportés comme de vrais associés. L'idée d'apparence s'applique alors. Voir. n°s 145 et 157. Contra : Lapp, note sous Rennes, 15 janvier 1957 (JCP., 57.II.10034).

4. T. Civ. Seine, 4 juin 1917 (D., 17.S.111).

5. Voir n° 149.

L'étude des sociétés apparentes ne correspond donc pas à celle des sociétés de fait. Elle est plus étroite dans la mesure où elle ne concerne pas les effets entre les associés. Elle est plus large dans la mesure où elle s'applique à des hypothèses d'inexistence ou de nullité qui ne laissent pas de place à la notion de société de fait. Les deux notions ne se rencontrent que dans l'espace intermédiaire, à propos des conséquences envers les tiers d'une société apparente valant comme société de fait. Mais, pour nous, les conséquences sont les mêmes quelle que soit la société apparente ; à l'égard des tiers l'existence d'une société de fait importe peu.

Englobant en définitive dans une même étude toutes les catégories de sociétés apparentes, nous avons à examiner successivement les trois éléments nécessaires à l'application de la théorie de l'apparence :

— l'élément caché, qui est la réalité, c'est-à-dire l'inexistence ou la nullité de la société ;

— l'élément visible, qui est l'apparence, contraire à l'élément caché ;

— l'élément psychologique, ou la bonne foi, c'est-à-dire l'ignorance par les tiers de la réalité.

SECTION I. — L'ÉLÉMENT CACHE

131 — L'application de l'idée d'apparence suppose un élément caché, qui constitue la réalité, et que les tiers sont en droit d'ignorer s'ils ont été trompés par un élément visible contraire. Dans la matière qui nous occupe ce que les tiers ne voient pas c'est l'inexistence ou la nullité de la société.

Mais cet élément n'est pas caché de façon permanente : il se dévoile au moment où le juge constate l'inexistence ou prononce l'annulation. Aussi, à partir de ce moment, l'idée d'apparence n'a plus à s'appliquer : la société est anéantie totalement pour l'avenir. C'est seulement pour la période antérieure que la société conserve certains effets à l'égard des tiers de bonne foi. En d'autres termes, l'apparence empêche la déclaration d'inexistence ou l'annulation de produire des effets rétroactifs.

Tant qu'il existe, c'est-à-dire avant l'action qui le dévoile, l'élément caché peut se présenter sous deux formes alternatives : l'inexistence de la société ou sa nullité.

PARAGRAPHE I. — INEXISTENCE DE LA SOCIÉTÉ.

132 — Derrière l'apparence, il n'y a aucune société véritable, lorsque manque l'un des caractères spécifiques du contrat de société : *affectio societatis*, constitution d'un fonds commun au moyen des apports, participation de tous les associés aux bénéfices et aux pertes. Une telle inexistence peut tenir à plusieurs raisons, que nous examinerons d'abord.

Cette inexistence semble en pratique bien proche de la nullité. Certes, les résultats principaux sont les mêmes ; mais, alors que la nullité peut sous certaines conditions laisser subsister une société de fait, l'inexistence ne permet jamais à la société d'avoir aucun effet entre les parties, puisque celles-ci n'ont même pas voulu former une société. Seulement, les tiers de bonne foi peuvent ignorer l'inexistence, si celle-ci se cache sous une apparence contraire. Ce sont ces idées que nous dégagerons en étudiant les conséquences de l'inexistence.

A. — Causes de l'inexistence.

L'inexistence de la société tient à l'absence des éléments spécifiques du contrat de société. On distingue traditionnellement trois éléments ; mais l'*affectio societatis* les détermine tous : si les apports ne sont pas réalisés, ou si les bénéfices et les pertes ne sont pas partagés, c'est que les parties n'ont pas eu l'intention spécifique de s'associer. C'est à l'absence d'*affectio societatis* que se ramène donc l'inexistence de la société, solution conforme au caractère consensuel d'un tel contrat.

L'inexistence ne nous intéresse ici que si elle est voilée par l'apparence d'une existence. De telles hypothèses peuvent se répartir en deux catégories, suivant qu'elle tiennent ou non à une simulation.

a) L'inexistence en dehors de la simulation.

133 — La société est inexistante lorsque les parties n'étaient pas d'accord sur tous les éléments du contrat¹, ou encore lorsqu'elles ont cru former une société alors qu'en réalité elles concluaient un contrat différent (prêt, louage de services, etc...). En ces cas, il n'y a pas d'*affectio societatis*, et l'inexistence est indépendante de toute simulation, car les parties n'ont pas eu l'intention de créer une apparence trompeuse. Leur volonté a simplement manqué son but, elle n'a pu former une société, mais une apparence est née de cet état de choses. Une telle hypothèse ne peut être très fréquente, alors surtout que l'*affectio societatis*, absente à l'origine, peut se manifester dans la suite si les parties, conscientes de leur erreur décident de continuer la société ; celle-ci devient alors pleinement existante et l'idée d'apparence n'a pas à s'appliquer.

L'inexistence en dehors de toute simulation peut surtout résulter de la non réalisation des apports : aucun bien n'est apporté au patrimoine commun, ou encore le bien apporté n'est pas la

1. Hémar, n° 19. — Escarra et Rault, I, n° 149, et la jurisprudence citée.

propriété de l'associé¹, ou enfin le bien apporté est hors de commerce². Dans ces hypothèses, la société est inexistante, et non pas nulle. La chose ne fait aucun doute lorsque tous les apports font défaut, car cela est d'une part exclusif de tout affectio societatis et d'autre part empêche la société de fonctionner, faute de patrimoine social³. Mais il faut certainement étendre la notion d'inexistence à des hypothèses où certains apports seulement font défaut. On a proposé des critères quantitatifs : l'inexistence se mesurerait au nombre des apporteurs défaillants⁴, ou encore au montant des apports absents⁵. Le seul critère est pour nous celui de l'affectio societatis ; la société est inexistante si l'absence d'apport implique l'absence d'effectio societatis ; si cette dernière subsiste, la société est seulement nulle⁶.

Il se peut enfin que le troisième élément du contrat de société fasse défaut : les parties ne se partagent pas les bénéfices et ne contribuent pas aux pertes. Si cela dénote une absence d'affectio societatis, le contrat de société est inexistant ; ainsi pour le groupement dont le but n'est pas la répartition des bénéfices⁷, ou celui dont les pseudo-associés sont exclus à la fois de la vocation aux bénéfices et de la contribution aux pertes⁸. Si, par contre, malgré le défaut de répartition égalitaire, il y a place pour une affectio societatis, on sort du domaine de l'inexistence pour entrer dans celui de la nullité absolue posée par l'art. 1855 c. civ. à propos des sociétés léonines⁹, la société pourrait alors exister réellement, mais elle est nulle pour illicéité.

b) *L'inexistence en cas de simulation*¹⁰.

134 — Le plus souvent l'existence apparente d'une société provient d'une simulation. C'est encore ici l'affectio societatis qui fait défaut, mais les parties sont maintenant conscientes de ce défaut, puisque leur but est précisément de créer une apparence trompeuse.

1. Seine, 17 janvier 1911 (J. des S., 11.452).

2. Req., 18 mars 1913 (R. prat., 13.316).

3. Escarra et Rault, I, n° 164.

4. Houpin et Bosvieux, I, n° 87. — Req., 13 juillet 1923 (J. des S., 29.153).

5. T. Com. Seine, 20 déc. 1932 (R. des S., 33.83).

6. En ce sens : Pic, note sous Orléans, 18 juillet 1928, au D., 29.65. — Abeille, op. cit., p. 287. Cette idée permet d'expliquer un arrêt de la Chambre des requêtes du 25 avril 1936 (S., 37.1.285) qui admet une société de fait alors qu'un apporteur n'était pas propriétaire du bien mis en commun. Il y avait, en l'espèce, nullité et non inexistence.

7. Aix, 15 mars 1956 (JCP., 57.II.9815, note Cassin).

8. En ce sens : Lagarde, au RD. com., v° Société de fait, n° 20.

9. Voir n° 143. A vrai dire, la distinction n'a qu'un intérêt théorique. En pratique, en effet, sociétés inexistantes et sociétés léonines suivent le même régime, puisqu'elles ne peuvent valoir ni l'une ni l'autre comme société de fait.

10. Sur la simulation en matière de sociétés, voir, notamment : Pic. De la simulation dans les sociétés, chr. au DH., 35.33. Plaisant, note sous Soc., 14 déc. 1944, au S., 46.1.105. — Abeille, op. cit., p. 173 et s.

Si la simulation est totale, on parle de société de façade ou de société fictive. La simulation peut aussi porter sur la réalisation des apports ; ceux-ci sont fictifs s'ils n'ont aucune valeur, ou s'ils ont une valeur insignifiante, ou s'ils sont grevés de charges réelles supérieures à leur valeur¹. La simulation peut enfin porter sur le partage des bénéfices ou sur la contribution aux pertes. De toute façon, on ne pourra parler d'inexistence que si la simulation exclut toute *affectio societatis*.

Les simulateurs peuvent avoir de multiples intérêts à créer une apparence de société. Sur le plan économique, cela peut aboutir à masquer les activités d'une autre personne, physique ou morale. Sur le plan juridique, cela peut servir à cacher un contrat différent.

135 — Dans une première hypothèse, une *personne physique* agit, fait le commerce, ou retire des bénéfices, mais elle laisse croire aux tiers que ses activités sont celles d'une société². Le simulateur peut ainsi créer un crédit fictif : une société attire plus facilement les capitaux qu'une personne physique. Mais surtout la création d'un patrimoine social fictif soustrait une partie des biens du simulateur à l'action de ses créanciers personnels ; on conçoit dès lors l'intérêt pour un commerçant menacé de faillite³ ou de saisie⁴ de simuler l'existence d'une société.

Le mécanisme employé peut se nuancer à l'infini. Au stade extrême, les associés fictifs n'existent même pas : ou bien le simulateur invente des noms qu'il fait figurer dans les statuts et la raison sociale, ou bien toutes les parts d'une société se trouvent réunies entre les mains d'une même personne qui tient cette réunion secrète⁵ (la société, réelle jusque-là, devient fictive à partir de la simulation de l'associé unique). Dans ces hypothèses, l'inexistence de la société ne fait aucun doute : *affectio societatis*, mise en commun des apports, participation aux bénéfices et contribution aux pertes supposent nécessairement la réunion de plusieurs personnes, et ne peuvent donc se concevoir quand les associés n'existent pas ou n'existent plus.

Il doit en être de même à un stade intermédiaire, celui où les associés, bien que fictifs, sont des personnes véritables. On peut en effet supposer que le simulateur se ménage la complicité d'individus qui consentent à paraître ses associés. Aucun des trois éléments du contrat de société ne peut alors exister, puisque l'inten-

1. Civ., 22 fév. 1892 (D., 94.1.48).

2. Voir, par exemple : Req., 9 fév. 1932 (S., 33.1.77, note Rousseau). Paris, 31 janvier 1935 (R. des S., 35.180).

3. T. Com. Seine, 20 déc. 1932 (R. des S., 33.83).

4. Req., 14 avril 1930 (J. des S., 31.408).

5. Paris, 14 nov. 1932 (DP., 34.2.118, note Pic).

tion des parties n'est pas de créer une société, mais de la simuler. Un seul individu effectue tous les apports, un seul se réserve les bénéfices et assume les pertes ; les autres associés apparents ne sont que des hommes de paille. Il y a sans aucun doute inexistance de la société.

A un dernier stade, les associés fictifs sont eux-mêmes victimes de la simulation. Croyant participer à une société réelle, ils couvrent sans le savoir les agissements d'un individu peu scrupuleux qui est le seul maître de l'affaire. A ce stade, le passage de la société fictive à la société réelle se fait insensiblement. C'est, comme toujours, l'affectio societatis qui doit servir de critère : la société est inexistante lorsque « la maîtrise exercée par l'un » des associés revêt un caractère de domination tel qu'elle exclut « toute possibilité de collaboration économique sur un certain » pied d'égalité »¹. Dans ce cas, l'associé principal maître de l'affaire doit être traité exactement comme l'associé unique.

136 — Une société est encore inexistante, faute de ses éléments spécifiques, lorsqu'elle couvre les agissements d'une société véritable, cette dernière créant une succursale à laquelle elle donne l'apparence d'une filiale (on connaît la distinction classique entre la filiale, dont la personnalité est distincte de celle de la société mère, et la succursale, simple agence sans personnalité propre). Il arrive fréquemment que des sociétés importantes s'entourent de filiales de façade. Celles-ci sont en réalité de simples succursales. Une telle simulation a pour but de créer un patrimoine fictivement distinct ; ou bien la société-mère se livrera avec ce patrimoine à des spéculations hasardeuses, ne risquant que la faillite de la filiale de façade ; ou bien, à l'inverse, la société-mère menacée de faillite fera passer son actif dans le patrimoine de la filiale de la façade².

De toute façon, la filiale ne peut réellement constituer une société si son autonomie n'est qu'apparente. Aucune affectio societatis n'existe entre ses membres ; par voie de conséquence, les apports, les bénéfices et les pertes ne sont pas distincts de ceux de la société mère, et la pseudo-filiale n'a pas de personnalité indépendante³. Pour établir cette absence de personnalité, les juges déduisent l'unité de patrimoine de circonstances de fait, telles que l'identité d'administrateurs, de locaux, de personnel, de raison sociale, etc...

1. Req., 9 fév. 1932 (S. 32.1.177, note Rousseau). Sur cette question, voir Abeille, op. cit., p. 208. — Gegout. Des conditions auxquelles est subordonnée l'indépendance de la personnalité d'une société par actions et celle de son principal actionnaire, au J. des S., 33.384.

2. Aix, 14 nov. 1927 (J. des S., 23.548). — Req., 13 mai 1929 (S., 29.1.289), note Rousseau, DP., 30.1.28, note A-C).

3. Req., 13 mai 1929 (préc.).

137 — La simulation peut enfin avoir pour but de *déguiser un contrat*, sous l'apparence d'une société¹.

L'exemple typique est celui de la donation déguisée. Une société est constituée dans le seul but de masquer une donation² et, par là, de frauder le fisc ou les héritiers réservataires. Les trois éléments du contrat de société font alors totalement défaut : l'intention des parties de ne pas s'associer, mais de cacher une donation ; seul le donateur effectue un apport, seul le donataire retire un bénéfice.

Des quantités d'autres contrats peuvent être masqués sous l'apparence d'une société. Ainsi, la vente, et notamment la vente entre époux : une société constituée par des époux dans le seul but de céder une vente ne serait pas seulement nulle, elle serait certainement inexistante. Ainsi encore, une cession de dommages de guerre³ dans laquelle l'attributaire de l'indemnité paraît apporter sa créance et les autres pseudo-associés une somme égale au montant de cette créance. Un prêt, un mandat, un louage de services peuvent encore se cacher sous l'apparence d'une société⁴. Quel que soit le contrat déguisé, il est certain que l'apparence créée ne peut suffire à faire naître une société réelle : il n'y a pas de société faute d'*affectio societatis*.

B. — *Conséquences de l'inexistence.*

138 — Malgré l'inexistence, les tiers de bonne foi peuvent tenir la société pour existante, s'ils ont été trompés par un élément visible suffisant ; c'est là une conséquence de l'idée d'apparence que nous dégagerons de l'étude de l'élément visible. Mais le bénéfice de l'apparence n'est qu'un droit, il n'est pas une obligation ; les tiers ont une option⁵, ils peuvent invoquer la réalité s'ils y ont intérêt. D'un autre côté, les pseudo-associés entre lesquels l'apparence ne saurait avoir d'effet, peuvent, eux aussi, avoir intérêt à rechercher la réalité.

C'est dans cette recherche de la réalité (antithèse de la théorie de l'apparence) que se matérialisent les conséquences de l'inexistence. Les parties et les tiers ont à leur disposition deux sortes

1. De cette hypothèse doit être soigneusement distinguée l'hypothèse inverse, dans laquelle une société se cache sous les apparences d'un autre contrat. Il n'y a plus alors société apparente, mais société réelle, ce qui sort de notre propos.

2. Civ., 11 avril 1927 (DP., 29.1.25, note Pic). — Civ., 1^{er} mars 1938 (DH., 38.259).

3. T. com. Lille, 21 oct. 1929 (R. des S., 30.41). Sur cette question, voir de Lauweyrens de Rosendael. Les sociétés fictives par apport de dommages de guerre (R. des S., 31.101).

4. T. civ. Saint-Jean-de-Maurienne, 22 nov. 1949 (JCP., 50.II.5472), note D-B).

5. Voir nos 163 et s.

d'action : simple déclaration d'inexistence s'il n'y a pas simulation¹, déclaration de simulation dans le cas contraire².

Ces deux actions ont ceci de commun qu'elles sont déclaratives et non constitutives de droit. Elles constatent l'inexistence, elles ne la créent pas³ ; c'est la nature des choses, et non la décision du juge, qui empêche la société d'exister. De ce caractère découlent les conséquences suivantes :

— Les actions sont ouvertes à tous⁴, mais elles n'ont d'effet qu'entre ceux qui les ont intentées, les autres peuvent toujours choisir entre l'apparence et la réalité.

— Elles sont imprescriptibles, selon l'opinion générale⁵. Le délai ne peut en effet jamais commencer à courir puisque l'inexistence est une situation permanente.

— La seule chose à prouver est l'inexistence de la société, c'est-à-dire l'absence de ses éléments spécifiques. Il n'est pas nécessaire de prouver le préjudice subi ni la fraude intervenue.

Communes dans leur régime, ces deux actions diffèrent dans leurs effets. L'action en déclaration d'inexistence a seulement pour but de constater l'inexistence de la société ; C'est là un effet négatif. L'action en déclaration de simulation, outre cet effet négatif, a un effet positif, qui est de constater l'existence d'une réalité déguisée.

a) *Effet négatif.*

139 — L'effet négatif se retrouve dans tous les cas d'inexistence, que celle-ci résulte ou non d'une simulation. L'action en déclaration d'inexistence comme celle en déclaration de simulation ont en effet pour but principal de constater que l'apparence était trompeuse, que nulle société n'a pu se former, faute des éléments spécifiques d'un tel contrat. Il s'agit proprement de déclarer l'inexistence.

Pour que cette déclaration soit possible, il faut établir l'absence des éléments du contrat de société, ce qui revient finalement à établir l'absence d'affectio societatis. Or, il est possible que cette affectio societatis, absente à l'origine, intervienne par la suite. Elle peut résulter par exemple d'une ratification de l'intéressé, ou d'une renonciation à l'action⁶. Cette dernière devient alors impos-

1. Escarra et Rault, I, n° 149.

2. Escarra et Rault, I, n° 151. — Pic., chr. au DH., 35.37.

3. Colin et Capitant, II, p. 63.

4. Dans l'opinion générale, l'action en déclaration de simulation est même ouverte à l'auteur de la simulation. Pic, chr. préc.

5. Colin et Capitant, II, p. 63. — Planiol et Ripert, IV, nos 345 et 472. — Contra Escarra et Rault, I., n° 151.

6. Cela ne veut pas dire que la ratification et la renonciation sont nécessairement des fins de non-recevoir à l'action. Il n'en est ainsi que lorsque la ratification ou la renonciation s'analysent, en raison des circonstances, en un véritable consentement au pacte social.

sible parce que la réalité est devenue conforme à l'apparence : il n'y a plus d'inexistence.

Lorsque l'inexistence est constatée, on ne peut même pas dire que la société disparaît, puisqu'elle n'a jamais existé. De là résulte l'impossibilité d'appliquer à cette dernière la notion de société de fait ; celle-ci suppose en effet une existence de fait, malgré l'inexistence de droit qu'est la nullité. Ici, il n'y a d'existence en fait ni en droit. Les statuts ne peuvent en aucune manière recevoir application entre parties, puisque celles-ci ne les ont pas voulus. Chaque pseudo-associé reprend l'apport qu'il a pu faire ; celui-ci n'est jamais sorti de son patrimoine personnel, puisqu'il n'y a jamais eu de patrimoine social véritable. Seuls les droits des tiers trompés par l'apparence feront échec, comme nous le verrons, à la restitution du statu quo ante.

Du moment que la société n'a jamais existé, elle n'a jamais pu accomplir d'acte juridique. L'effet négatif de l'inexistence aboutit donc à annuler les actes attribués à la société. Ces actes sont nuls, et non inexistants, car ils sont réels en fait, mais ils sont accomplis au nom d'une personne inexistante, et ne peuvent donc avoir aucun effet juridique. Il faut peut-être même admettre, comme l'ont fait certaines décisions¹, que le débiteur de la pseudo-société peut se prévaloir de la nullité de sa dette. Mais, ici comme ailleurs, les droits des tiers de bonne foi restent entiers : trompés par l'apparence, ils peuvent considérer les actes, nuls en réalité, comme valables à leur égard. De plus, ces actes peuvent être attribués à la personne véritable qui se cache derrière la société apparente ; mais il s'agit alors de l'effet positif de l'inexistence.

b) *Effet positif.*

140 — L'action en déclaration de simulation a un effet supplémentaire : elle a pour but non seulement de déclarer l'inexistence de la société, mais encore de constater l'inexistence de la réalité déguisée sous l'apparence d'une société². Toute simulation suppose en effet une dissimulation, et la restitution de la réalité ne serait pas complète si le juge se bornait à constater la première sans se préoccuper de la seconde³.

La réalité dissimulée, nous l'avons vu, peut d'abord consister dans les *activités d'une personne*, physique ou morale, qui se cache derrière la société fictive. Dans cette hypothèse, l'effet positif consiste à attribuer au simulateur l'activité qui paraissait être celle de la société. C'est en vertu de ce principe que l'associé

1. Seine, 18 janvier 1902 (J. des S., 03.38).

2. Abeille, op. cit., p. 110 et s.

3. On peut même concevoir un effet positif en dehors de toute simulation : si les parties ont par erreur donné à leur contrat la qualification « société », il s'agira de lui restituer sa véritable qualification.

unique¹ ou l'associé principal maître de l'affaire² répondent sur la totalité de leur patrimoine des engagements contractés au nom de la pseudo-société, et que par voie de conséquence ils risquent personnellement la faillite du fait de l'activité de cette pseudo-société. C'est pour la même raison que la faillite de la société-mère doit s'étendre à ses filiales fictives, qui ne sont en réalité que des agences³. La jurisprudence avait affirmé ces solutions dès le début du siècle ; elles furent consacrées par le décret-loi du 8 août 1935 et le décret du 20 mai 1955 (Art. 10) qui posent le principe de la faillite commune.

Pour fonder cette responsabilité indéfinie et cette faillite commune, certains arrêts⁴ ont hésité à invoquer la fictivité de la société et ont préféré se placer sur le plan de l'action paulienne. Pour Rousseau⁵, une société anonyme existe par cela seul que les formalités exigées par la loi ont été accomplies ; il serait donc impossible d'agir en déclaration de simulation, puisque cela suppose l'inexistence de la société ; seule l'action paulienne, ou éventuellement celle de l'art 447 c. com., demeure possible aux yeux de cet auteur, car elle implique l'existence de la société.

Cette opinion a été justement critiquée⁶, c'est l'affectio societatis qui détermine l'existence d'une société, et non pas les formalités ultérieures. Ces dernières ne peuvent être génératrices que d'apparence, et fonder par là le droit des tiers de bonne foi ; mais leur accomplissement n'empêche pas la société d'être fictive si celle-ci n'avait pour but que de masquer les agissements d'une personne physique ou morale. C'est en vertu de l'effet positif de l'inexistence que cette personne est tenue personnellement et qu'elle risque la faillite.

141 — La réalité dissimulée peut aussi être un *contrat différent* du contrat de société (donation, vente, etc...). Dans cette hypothèse, l'effet positif consiste à restituer la véritable qualification du contrat. Pour cela, les juges doivent déceler l'intention profonde des parties, au moyen de circonstances de fait : inégalité des apports, inégalité du partage, rôle prépondérant d'un pseudo-associé, etc... Les juges doivent aussi chercher le but de la simulation ; cela contribue d'abord à leur donner une idée du contrat

1. Paris, 9 janvier 1930 (J. des S., 31.141). — Paris, 14 nov. 1932 (D., 34.2.118, note Pic). — Colmar, 9 janvier 1952 (JCP., 52.IV.114) RTD., Com., 52.628, note Houin).

2. Req., 9 juin 1928 (GP., 28.2.459). — Req., 9 fév. 1932 (S., 32.1.177, note Rousseau).

3. Req., 13 mai 1929 (préc.). — Com., 25 fév. 1954 (RTD. Com., 54.394). — Com., 23 mars 1955 (RTD. Com., 55.560). — Com., 4 janvier 1956 (RTD. Com., 56.513).

4. Req., 13 mai 1929 (préc.).

5. Note sous Req., 13 mai 1929 (préc.).

6. A-C, note sous Req., 13 mai 1929 (préc.). — Plaisant, note sous Soc., 14 déc. 1944 (S., 46.1.105).

dissimulé ; cela leur permet ensuite de connaître le sort à réserver à ce contrat.

Si, en effet, les parties n'ont pas eu de but frauduleux, le contrat dissimulé reste pleinement valable. L'effet positif consiste alors seulement à remplacer, dans les rapports des parties, le contrat de société par celui qui a été réellement conclu. Ainsi, si l'une des parties avait un rôle de direction, les juges décident que la société cache un louage de services, et appliquent le régime propre à ce contrat (et notamment la législation sociale).

Si, par contre, le but de la simulation est frauduleux, il convient d'annuler le contrat dissimulé : celui-ci, existant puisque voulu par les parties, est frappé de nullité, puisque conclu dans un but frauduleux. Ainsi, une donation peut avoir été cachée sous l'apparence d'une société pour frauder le droit des héritiers réservataires ; ces derniers sont recevables à établir à la fois l'inexistence de la société et la nullité de la donation pour en déduire que le bien n'a jamais cessé d'être la propriété de l'apporteur¹.

PARAGRAPHE 2. — NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ

142 — Nous supposons maintenant que les éléments du contrat de société sont réunis, et notamment que les parties possèdent bien l'affectio societatis. Le contrat de société existe donc ; mais cette existence réelle ne correspond pas nécessairement à l'existence juridique². On peut en effet se trouver en présence d'une cause de nullité, élément caché que les tiers de bonne foi sont en droit d'ignorer. Ce sont ces vices que nous énumérerons d'abord.

Les nullités n'ont pas toutes la même gravité. Certaines, laissant place à l'existence d'une société de fait, n'empêchent pas les statuts de recevoir application entre les parties. D'autres, plus graves, ne permettent que la liquidation d'une communauté de fait. Nous préciserons cette idée en étudiant les conséquences de nullité.

A. — Causes de nullité.

En matière de société, le législateur a multiplié le nombre des nullités. Il s'en est servi comme d'une sanction qu'il a appliquée à de très nombreuses règles de constitution. L'unité de la théorie s'est par là trouvée rompue : toutes les nullités ne peuvent pas trouver place dans la distinction classique entre nullité absolue

1. Civ., 11 avril 1927 (DP., 29.1.25, note Pic).

2. Sur la distinction entre l'existence et la nullité en matière de sociétés, voir Hamel et Lagarde, n° 455. — Abeille, p. 131 et s.

et nullité relative¹. A côté des causes de droit commun, il faut donc énumérer les causes de nullité particulières aux sociétés.

a) *Causes de nullité de droit commun.*

143 — La validité du contrat de société, comme celle de tout autre contrat, suppose : un consentement exempt de vices, une cause et un objet licites, des parties capables. Les différentes causes de nullité peuvent donc être réparties suivant qu'il s'agit de la protection de l'ordre public (nullité absolue) ou de celui d'un associé (nullité relative).

Le contrat de société est frappé d'une *nullité absolue* s'il comporte une cause ou un objet illicite. La nullité sanctionne alors une règle d'ordre public. L'action peut être intentée par tout intéressé, elle ne peut être couverte par confirmation, ratification ni renonciation. La nullité ne peut pas disparaître par prescription, car aucun laps de temps ne peut rendre licite ce qui ne l'est pas².

La nullité absolue peut d'abord tenir à l'illicéité des apports, car ces apports constituent l'objet de l'obligation de chaque associé. La prestation promise ne doit être contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs. Le bien apporté doit être dans le commerce (ainsi, une clientèle de médecin ne peut faire l'objet d'un apport à société).

L'activité de l'entreprise aussi peut être illicite, et par là être une cause de nullité absolue. Cette activité, que l'art. 1833 c. civ. qualifie d'objet de la société, est en réalité la cause. Divers auteurs ont opéré des distinctions parmi ces activités illicites. Hémard³ distingue les sociétés dont l'objet ne peut être exploité ni par un individu, ni par une société (ainsi la traite des noirs ou celle des blanches) et celles dont l'objet pourrait être exploité par un individu, mais ne peut l'être par une société (ainsi l'exploitation d'un office ministériel). Pic distingue les sociétés contraires à la fois à la loi et à l'ordre public (traite des noirs ou des blanches), celles contraires seulement à la loi (exploitation d'un office ministériel) et celles contraires seulement à l'ordre public (ainsi les sociétés créées en vue de favoriser la circulation d'effets de complaisance).

De ces hypothèses peut être rapprochée celle de la société entre époux. On sait que la majorité de la doctrine⁴ et que plu-

1. Escarra et Rault, I, n° 155.

2. Hémard, op. cit., n° 43.

3. Op. cit., n°s 28 et s.

4. Lyon-Caen et Renault, II, n° 78. — Thaller et Pic, I, n° 409. — Vasseur. Le problème des sociétés entre époux après l'arrêt de la Cour de Paris du 7 déc. 1954 (RTD. Com., 55.219). — Solus, note sous Paris, 7 déc. 1954 (JCP., 55.II.8526).

sieurs arrêts récents¹ avaient admis, contrairement à la jurisprudence traditionnelle², la validité de pareilles sociétés. L'ordonnance du 19 décembre 1958 modifiant l'art. 1841 c. civ., interdit que deux époux soient ensemble indéfiniment et solidairement responsables dans une société commerciale. Une société en nom collectif comprenant deux époux est donc nulle ; de même, une société en commandite dans laquelle deux époux sont commandités. Il ne peut dans ces hypothèses s'agir que d'une nullité absolue.

Il faut encore assimiler à ces nullités celle des sociétés léonines³, posée par l'art. 1855 c. civ. Certaines décisions ne frappent de nullité que la clause léonine et laissent subsister le contrat de société⁴. Mais l'opinion dominante⁵ est que la nullité de la clause se communique au contrat tout entier. Lorsqu'une telle clause n'exclut pas l'affectio societatis, on ne peut pas parler d'inexistence de la société ; il s'agit donc d'une nullité absolue résultant de l'illicéité du but que se proposait l'une des parties : prendre pour elle tous les bénéfices, ou faire supporter aux autres toutes les pertes.

Enfin, dans une opinion courante⁶, une nullité absolue résulte de certaines incapacités. Il en est ainsi lorsqu'un associé à responsabilité illimitée est incapable d'être commerçant, car les règles d'habilitation du mineur commerçant n'ont pas seulement un but de protection, elles sont d'ordre public (art. 2, c. com.). Mais cette solution doit être strictement limitée à cette incapacité ; dans tous les autres cas, la nullité est relative.

144 — Lorsque la nullité résulte d'une incapacité différente de celle que nous venons de voir, ou d'un vice de consentement, elle est *relative*, car elle a pour but la protection d'un associé. Elle ne peut être demandée que par cet associé, elle disparaît par confirmation, elle se prescrit par dix ans.

Il ne saurait y avoir nullité relative que dans les sociétés de personnes ; la notion de contrat est alors entière, et l'annulation de l'engagement d'un associé doit entraîner celle de tous les autres en raison du caractère intuitu personæ de telles sociétés. Dans les sociétés de capitaux, ce caractère ne se retrouve plus, et le vice de consentement ou l'incapacité d'un associé entraîne

1. Paris, 7 déc. 1954 (D., 55.353, note Ripert). — Colmar, 17 juin 1955 (D., 55.639). — Lyon, 14, fév. 1956 (S., 57.189).

2. Par exemple : Civ., 12 mai 1908 (S., 11.1.508).

3. Voir Dentz, Pacte léonin et sociétés. Thèse, Paris, 1955.

4. Req., 14 juin 1882 (DP., 84.1.222). — Req., 3 mars 1903 (D., 04.1.257, note Thaller).

5. Hémard, op. cit., n° 84. — Ripert, n° 682. — Escarra et Rault, I, n° 165.

6. Hémard, op. cit., nos 76 et s. — Escarra et Rault, I, n° 161.

l'annulation de l'engagement de celui-ci, mais non celle de la société toute entière¹.

En matière d'incapacité, nous l'avons vu, la nullité n'est pas nécessairement relative. Elle est absolue lorsqu'il s'agit de l'incapacité d'être commerçant. Elle est donc relative lorsqu'elle résulte d'une autre incapacité. Il en est ainsi pour les associés dont la responsabilité est limitée : ceux-ci n'ont pas besoin d'être commerçants, mais ils doivent être habilités à faire un acte de commerce. A défaut de cette habilitation, la nullité est relative car elle a un but de protection et non d'ordre public.

La violence et l'erreur sont rarement invoquées. L'erreur peut porter sur la personne, puisque nous nous limitons aux hypothèses dans lesquelles la considération de la personne est déterminante. Elle peut aussi porter sur les qualités substantielles de la chose, par exemple sur la nature de la société ou sur celle de son activité.

Le dol est d'une importance pratique plus considérable, encore qu'il soit surtout fréquent dans un domaine où il n'entraîne pas la nullité de la société, celui des sociétés par actions. Dans les sociétés de personnes, il est une cause de nullité à condition qu'il y ait eu des manœuvres frauduleuses (par exemple de faux renseignements), et que ces manœuvres aient émané d'un co-contratant et qu'elles aient déterminé l'entrée en société de l'associé qui en a été victime.

b) Causes de nullité particulières aux associés.

145 — Le législateur a utilisé la nullité comme une sanction des règles constitutives de la société. Dans ces hypothèses, il n'est pas possible d'opérer la distinction classique entre nullités absolues et nullités relatives, car on sort du cadre contractuel pour entrer dans celui de l'institution. Certaines de ces nullités s'appliquent à toutes les catégories de sociétés (défaut de publicité), d'autres sont spéciales à une catégorie ou à une autre.

Le *défaut de publicité* est, pour toutes les sociétés une cause de nullité (loi de 1867, art. 58). Cette nullité recouvre dans l'opinion courante celle encourue pour absence d'écrit car celui-ci est exigé *ad probationem* et non *ad solemnitatem*².

Il peut paraître surprenant que le défaut de publicité entraîne la nullité de la société. La sanction normale devrait être l'inop-

1. La nullité de la société peut quelquefois en résulter, mais de façon indirecte : l'annulation d'une souscription empêche, en effet, le capital social d'être intégralement souscrit, ce qui constitue une cause de nullité spéciale aux sociétés par actions. Voir n° 145.

2. En ce sens : Hamel et Lagarde, n° 457. — Lyon-Caen et Renault, n° 171. — Escarra, n° 562.

posabilité aux tiers. Aussi, certains auteurs¹ ont soutenu que le terme légal « nullité » signifiait en réalité « inopposabilité ».

Cette opinion a été justement critiquée², il faut admettre que le défaut de publicité entraîne une nullité de nature spéciale, qui a pour but de sanctionner l'une des formalités de constitution, au même titre que les nullités spéciales à certaines catégories de sociétés.

La nullité faute de publicité se différencie de l'inopposabilité par son régime. Celui-ci se rapproche par certains côtés du régime des nullités absolues : l'action peut être intentée par tout intéressé, renonciation et ratification sont impossibles. Mais, d'un autre côté, la prescription est de cinq ans seulement (D-L du 30 octobre 1935), la publicité tardive couvre le vice de nullité, et les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité contre les tiers. Nous verrons d'autre part que cette nullité laisse place à une société de fait, alors que la nullité absolue résultant de l'illicéité est exclusive de toute société de fait³.

A tous les stades, le défaut de publicité entraîne la nullité. Au stade extrême, il n'y a ni écrit ni publicité ; si ce vice n'exclut pas l'affectio societatis, on se trouve en présence d'une « société créée de fait »⁴ : ainsi les sociétés entre concubins⁵, ou encore celles qui continuent à fonctionner après une cause de dissolution⁶. A un stade intermédiaire, les statuts ont bien été rédigés par écrit, mais cet écrit n'a jamais été publié. La nullité est encore encourue si la publicité a été incomplète (par exemple, une des mentions prescrites par l'article 17 ayant été omise), ou si elle a été inexacte, les associés ayant voulu tromper les tiers sur le type de la société (ils dissimulent par exemple une société en nom collectif sous une commandite)⁷.

146 — D'autres causes de nullité sont *spéciales à certaines catégories de sociétés*. Pour celles dont le caractère institutionnel est le plus marqué — sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée — les causes de nullité ont été multipliées par le législateur. Il s'agit d'une nullité hybride, analogue dans son régime à celle pour défaut de publicité : d'un côté, l'action peut être intentée par tout intéressé, la ratification et la renonciation sont

1. Piedelièvre. Des effets produits par les actes nuls. Thèse, Paris, 1911, p. 248.

2. Thaller et Pic, n° 283. — Hémar, op. cit., n° 144.

3. Voir n° 149.

4. Voir n° 130. Sur cette notion, v. Hémar, op. cit., n°s 100 et s. Rous, article au J. des S. du 22 fév. 1958.

5. Voir, notamment : Civ., 1^{er} déc. 1952 (D., 53.J.90). — Nancy, 24 oct. et 15 nov. (D. 57.26).

6. Civ., 18 déc. 1889 (S., 93.1.467). — On peut concevoir des quantités de sociétés créées de fait. Ainsi, celle qui se forme entre les héritiers d'un commerçant pour l'exploitation du fonds de commerce de ce dernier. T. com. Marseille, 15 mars 1945 (D., 46.8).

7. Req., 24 juillet 1933 (S., 33.1.294).

impossibles, mais d'un autre côté, la prescription est de cinq ans, la nullité est couverte par l'accomplissement des formalités¹ et elle est inopposable aux tiers.

Les diverses causes de nullité spéciales aux sociétés anonymes résultent de l'article 41 de la loi du 24 juillet 1867. Elles concernent le nombre des actionnaires, la souscription du capital, les formes de la souscription, la libération et le versement des fonds, le dépôt du projet de statuts, la tenue régulière de l'assemblée constitutive, l'approbation des apports, la nomination des premiers administrateurs et commissaires.

Pour les sociétés à responsabilité limitée, les causes de nullité résultent de l'inobservation des prescriptions de l'article 9 de la loi du 7 mars 1925 : rédaction et signature de l'acte écrit, interdiction des émissions publiques de valeurs mobilières, nombre des associés, montant, répartition, souscription et libération du capital.

B. — *Conséquences de la nullité.*

147. — La nullité d'un acte juridique entraîne normalement l'anéantissement total et rétroactif de cet acte, en vertu de l'adage « quod nullum est nullum producit effectum ». Le but de la nullité est en effet d'équivaloir à l'inexistence.

Ce principe reçoit en matière de société une de ses exceptions les plus notables, car il se heurte au caractère successif du contrat : la société a eu une existence de fait qui ne peut disparaître rétroactivement. Dès la première moitié du XIX^{me} siècle, la doctrine² et la jurisprudence³ ont compris la nécessité de maintenir pour le passé les faits accomplis et de transformer l'annulation en une sorte de dissolution. Ainsi, sous l'impulsion de plusieurs auteurs⁴, et notamment d'Hémar⁵, s'élabora la théorie des sociétés de fait.

Mais l'unité de théorie a souvent abouti à obscurcir le problème. Nous pensons en effet qu'il convient de distinguer soigneusement les conséquences de la nullité à l'égard des asso-

1. Depuis le décret-loi du 30 août 1935, il suffit que le vice ait cessé d'exister au jour où le tribunal statue sur le fond. De plus, le tribunal doit surseoir à statuer si une assemblée générale a été convoquée pour réparer un vice.

2. Horson. Questions sur le Code de commerce (1830), I, 9.18. — Malepeyre et Jourdain. Traité des sociétés commerciales (1833) p. 273. — Molinier. Traité de droit commercial (1846), I, n° 273. — Troplong. Du contrat de société (1843), I, n° 249.

3. Req., 2 juillet 1817 (S. chr.). — Toulouse, 5 mai 1821 (S. chr.). — Paris, 14 déc. 1825 (S. chr.).

4. Voir notamment : Loubers. Essai d'une théorie générale des sociétés de fait. Thèse, Paris, 1908. — Delucenay. Les sociétés de fait en droit français. Thèse, Paris, 1910.

5. Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait, 1912.

ciés et celles à l'égard des tiers¹. Pour ces derniers, nous retrouvons l'idée d'apparence : les tiers peuvent tenir la société pour valable dans le passé si l'élément visible les a trompés ; il y a là un principe qui déborde largement la notion de société de fait, puisqu'il s'applique à des hypothèses où la société est inexistante. Mais l'apparence ne se conçoit qu'à l'égard des tiers ; entre parties, entre associés, aucun effet ne saurait lui être reconnu, seule compte la réalité. Ce n'est pas à dire qu'entre associés la nullité doit nécessairement aboutir à un anéantissement rétroactif : si le vice n'est pas assez grave pour empêcher le contrat d'exister en fait, la liquidation peut se faire selon les statuts. Dans les rapports entre parties, doit, selon nous, se limiter la notion de société de fait.

Cette notion n'est pas admise dans tous les cas de nullité ; il faut donc distinguer les conséquences de la nullité suivant qu'il y a place ou non pour une société de fait.

a) *Conséquences de la nullité au cas de société de fait.*

148 — Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que seules certaines catégories de nullité doivent laisser place à une liquidation conforme aux statuts. Mais à partir de là, se font plusieurs divergences.

Une première divergence est purement terminologique. Certains auteurs² qualifient « sociétés de fait » toutes les sociétés nulles qu'elles soient ou non liquidées selon les statuts. D'autres auteurs³ réservent l'expression aux hypothèses dans lesquelles les statuts reçoivent application. Nous préférons cette seconde interprétation, car elle a le mérite de faire coïncider différence de vocabulaire et différence de régime ; la nullité lorsqu'elle ne laisse pas de place à l'application des statuts, a les mêmes conséquences que l'inexistence ; appliquer à de telles nullités la notion de société de fait créerait donc une source de confusion.

149 — D'autres divergences, plus graves, portent sur la délimitation de la notion de société de fait, dans le sens étroit où nous l'entendons. Quelles sont les nullités qui n'empêchent pas les statuts de recevoir application ? L'accord est fait sur les points suivants :

— il est admis d'un côté qu'il n'y a pas de société de fait lors-

1. Voir n° 129.

2. Aubry et Rau, par Esmein, p. 22. — Hamel et Lagarde, I, n°s 459 et s. — Lagarde, au R.D. sociétés, v° sociétés de fait, n° 7. V. aussi : Soc., 19 avril 1958 (Bull. cass., 58, n° 530).

3. Hémard, op. cit., n°s 8 et 54. — Escarra et Rault, I, n° 179. — Escarra, n° 589.

que la nullité, par suite du caractère illicite de la société, est absolue (activité ou apport illicites) ;

— il est admis de l'autre côté qu'il y a société de fait lorsque la nullité est une de celles qui sont spéciales aux sociétés (publicité et formalités de constitution).

— Restent les nullités relatives, Hémard¹ les exclut du domaine des sociétés de fait, et fonde cette solution sur le caractère intuitu personæ, qui empêcherait le contrat de s'être formé, même en fait, l'un des associés n'étant pas personnellement engagé. L'opinion dominante², à laquelle nous nous rallions, admet au contraire que le vice du consentement ou l'incapacité de l'un des associés n'empêche pas une société de fait de s'être formée entre les autres associés. La protection de l'incapable est assurée si celui-ci reprend son apport franc et quitte de toute charge ; cette reprise effectuée, rien n'empêche de liquider selon les statuts entre les autres associés.

La nullité des sociétés entre époux était une autre source d'hésitation. Certains arrêts³ avaient admis la liquidation selon les statuts. Une telle solution était peut-être conciliable avec la théorie classique de la nullité des sociétés entre époux, mais elle doit certainement être rejetée depuis que l'ordonnance du 19 décembre 1958 a limité la nullité aux hypothèses dans lesquelles les deux époux sont ensemble indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales. La nullité ne peut dès lors qu'être d'ordre public et par conséquent ne laisse aucune place pour la notion de société de fait⁴.

150 — Ainsi délimité, le domaine des sociétés de fait comprend d'une part les nullités relatives pour incapacité ou vice du consentement, d'autre part les nullités, particulières aux sociétés, sanctionnant la publicité ou les diverses formalités de constitution. Dans tous ces cas, la nullité prononcée n'empêchera pas les statuts de recevoir application dans les rapports entre associés : la liquidation se fait conformément aux statuts⁵ ; seules, sont écartées les clauses nulles en elles-mêmes⁶ ; à défaut de statut on se réfère au droit commun des sociétés. Les conséquences de la nullité sont alors similaires à celles d'une dissolution anticipée.

1. Op. cit., nos 72 et s.

2. Hamel et Lagarde, I, n° 460. — Lagarde, au RD., com., v° sociétés de fait, n° 31. — Escarra et Rault, I, n° 179.

3. Paris, 2 août 1899 (J. T. Com., 1900.401). Sur ce problème, voir L. Mazgaud, la liquidation des sociétés entre époux (R.C.L.J., 1928.291).

4. Dès avant 1958, la jurisprudence refusait au général de liquider selon les statuts. Civ., 7 mars 1888 (D., 88.1.349), Req., 19 mai 1908 (D., 08.1.359), Civ., 3 juillet 1917 (DP., 17.1.127), Req., 1^{er} fév. 1926 (DH., 26.114).

5. Civ., 15 juin 1910 (D., 13.1.35).

6. Civ., 8 nov. 1904 (D., 05.1.34).

Ces conséquences doivent être limitées aux apports entre les associés. La Cour de Cassation¹ décide avec raison que « c'est » seulement entre les contractants, et non pas à l'encontre de » leurs créanciers respectifs, qu'une société, bien qu'annulée, » conserve ses effets pour le passé, et reste sujette pour sa liquidation anticipée aux règles établies par les accords qui ont » déterminé sa formation ». Sans doute, les tiers peuvent avoir intérêt à tenir la société pour valable, mais ils ne peuvent le faire, comme nous le verrons, que si la réalité s'est trouvée cachée derrière un élément visible et si leur bonne foi est établie : c'est là une conséquence de l'idée d'apparence qui n'a pas à jouer dans les rapports des parties entre elles². Dans ces rapports c'est la réalité qui joue : la nullité n'empêche pas le contrat d'avoir une existence réelle si les éléments spécifiques sont réunis et notamment si une affectio societatis lie les parties. Ripert³ n'hésite pas à parler de conversion de la nature de l'acte : le contrat, impuissant à créer une société valable, produit cependant certains effets juridiques.

Cette justification s'adapte très bien au domaine des sociétés de fait. Pour les nullités relatives, le vice n'existe que dans la personne d'un associé ; si l'engagement de celui-ci doit être considéré comme inexistant, il n'en est pas de même de l'engagement des autres associés ; la nullité de la société n'empêche pas les autres engagements d'avoir été pris en pleine capacité et avec une volonté totalement consciente : elle doit donc laisser place à l'application des statuts.

En ce qui concerne les nullités particulières aux sociétés, on peut admettre qu'elle ne portent pas proprement sur le contrat, mais sur la société elle-même. Il est certain en effet que l'inobservation des règles de publicité ou des formalités de constitution n'empêche nullement les parties d'avoir pleinement voulu former une société.

b) — *Conséquences de la nullité en dehors des sociétés de fait.*

151 — Quand il n'y a pas de place pour une société de fait, la nullité produit les mêmes conséquences qu'en droit commun. Il est ainsi dans tous les cas où il y a nullité absolue pour illicéité : la communauté de fait qui s'est réalisée n'est pas liquidée selon les statuts car il n'y a de société ni en droit ni en fait ; la liquidation est opérée conformément au droit commun en matière d'indivision : c'est le juge qui la fixe de la manière la plus équitable. Le plus souvent, il y aura reprise des apports et partage

1. Req., 14 avril 1893 (D., 94.1.91).

2. Pour cette raison, l'existence d'une société de fait entre les parties ne dépend en rien de l'élément visible ou de la bonne foi des associés.

3. Ripert, n° 626.

des bénéfices ou des pertes proportionnellement à ces apports¹. La nullité a donc dans cette hypothèse des conséquences plus poussées, puisqu'elle anéantit le pacte social. Mais cela ne touche en rien les droits des tiers de bonne foi qui ont pu compter, ici comme ailleurs, sur une apparence de régularité ; la nullité n'est rétroactive que dans les rapports entre associés.

Cette rétroactivité trouve son fondement dans la nature de la nullité. Celle-ci, étant absolue, doit équivaloir à une inexistence. Sans doute il n'y a pas vraiment inexistence, puisque les parties ont voulu former une société ; mais, ce faisant, elles ont heurté l'ordre public ou les bonnes mœurs, et leur volonté est dès lors dénuée de tout effet juridique (art. 6 et 1131 c. civ.). La rétroactivité pouvait être écartée en matière de nullité relative, car le vice n'infectait qu'une seule volonté ; elle pouvait l'être aussi en matière de nullité propre aux sociétés, car le vice infectait la constitution légale de la société et non les volontés créatrices. La rétroactivité de la nullité ne peut plus être écartée en matière d'illicéité car le vice infecte la société jusque dans ses volontés créatrices, et dans tous ses volontés créatrices.

SECTION 2. — L'ÉLÉMENT VISIBLE

152 — La théorie de l'apparence consiste à permettre aux tiers de bonne foi d'ignorer l'inexistence ou la nullité de la société. Mais il est pour cela nécessaire que ces tiers aient été trompés par un élément visible suffisant. L'exigence de cet élément visible se justifie aisément : les tiers ne méritent une protection que si leur erreur est motivée ; faute d'élément visible, ils sont en faute d'avoir ignoré la réalité, et n'ont donc qu'à s'en prendre à eux-mêmes s'ils subissent les conséquences de l'inexistence ou de la nullité.

Trois questions se posent :

- En quoi consiste l'élément visible ?
- Quelles sont les personnes protégées par l'élément visible ?
- En quoi consiste la protection issue de l'élément visible ?

PARAGRAPHE 1. — CONTENU DE L'ÉLÉMENT VISIBLE

Le législateur, en édictant les règles de publicité des sociétés, a, dans une certaine mesure, prévu l'apparence. Mais la publicité légale ne constitue pas tout l'élément visible ; celui-ci comprend

1. Civ., 13 juillet 1927 (S., 28.1.9, note Solus). — Angers, 13 mai 1929 (S., 31.2.1, note Esmein). — Il peut même y avoir liquidation conforme aux statuts. Mais ceux-ci ne sont pas alors appliqués en tant que règle obligatoire ; ils le sont en vertu de la décision des juges. Un arrêt récent de la Cour de cassation (Soc., 19 avril 1958, au Bull. cass., 1958, n° 530), parle de la liquidation d'une société de fait nulle pour cause illicite. Pour nous, il ne s'agit pas proprement d'une société de fait, mais d'une communauté de fait. V. n° 148.

encore une extériorisation matérielle, résultant de l'activité de la pseudo-société.

A. — *Elément visible résultant de la publicité.*

153 — La publicité a pour but d'extérioriser la société en portant ses statuts à la connaissance des tiers. Elle est donc imposée dans l'intérêt des tiers. Si elle n'a pas été accomplie, la société leur sera inopposable. En revanche, si elle a été accomplie, les tiers pourront toujours tenir la société comme existante et régulière ; c'est en cela que la publicité est source d'apparence : elle permet aux tiers d'ignorer l'inexistence ou la nullité qui sont des éléments cachés. La publicité a même un effet plus étendu : elle permet aux tiers de connaître le type de la société apparente ; suivant que la société, inexistante ou nulle, a été publiée comme une société en nom collectif, comme une société en commandite, ou comme une société par actions, les tiers pourront compter avoir en face d'eux une véritable société en nom collectif, une véritable société en commandite ou une véritable société par actions.

Il va sans dire que la publicité ne peut constituer un élément visible que si elle existe ; une société nulle pour défaut de publicité n'apparaît pas aux tiers grâce à sa publicité, mais comme nous le verrons, grâce à son extériorisation matérielle. Dans tous les autres cas¹, l'élément visible résulte au premier chef de la publicité, qu'il s'agisse d'une société inexistante ou d'une société nulle.

154 — Le législateur a voulu d'un côté créer une publicité la plus complète possible. Mais il a voulu d'autre part que les tiers puissent, facilement et rapidement, en prendre connaissance. Pour répondre à ces deux besoins, deux modes de publicité ont été institués : l'un in extenso, l'autre des caractéristiques essentielles².

La publicité in extenso est substantielle ; son omission entraîne la nullité de la société. Elle résulte du dépôt des statuts au greffe du tribunal (loi du 24 juillet 1867, art. 55). C'est le pacte social tout entier qui est déposé : aucun de ses détails ne risque donc de rester inconnu des tiers. Ce dépôt se fait au greffe du tribunal de commerce du siège social : c'est là que la société est censée exister, c'est donc là qu'elle doit s'extérioriser. Pour prendre connaissance des statuts, il suffit de se présenter au greffe ou même de s'en faire envoyer une copie par le greffier. Ainsi les tiers ont constamment la possibilité de connaître l'existence et le type de la société.

155 — Les caractéristiques essentielles de la société font l'objet de publicité particulière. Il s'agit des renseignements susceptibles

1. La publicité peut créer un élément visible même si elle est incomplète.

2. Il va sans dire que le législateur, en fixant les règles de publicité, avait en vue l'hypothèse dans laquelle cette publicité est conforme à la réalité. Mais l'idée d'apparence ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse exceptionnelle où cette conformité n'existe pas.

d'intéresser les tiers, il faut donc que ceux-ci en aient facilement et rapidement connaissance.

Une première publicité est temporaire : il s'agit de la publication d'un extrait de l'acte de société dans un journal d'annonces légales, sanctionnée par la nullité de la société (loi du 24 juillet 1867, art. 56). Par ce moyen, les tiers sont informés de la naissance de la société, au moment de sa constitution. Ils sont informés sans avoir besoin de prendre aucune initiative, mais la publicité est temporaire puisqu'elle ne figure que sur un journal.

Une autre publicité est, elle, permanente. Elle résulte de l'immatriculation au registre du commerce, dont l'inobservation n'est pas sanctionnée par la nullité de la société, mais par l'inopposabilité aux tiers de sa qualité de commerçant.

Temporaire ou permanente, ces publicités ont ceci de commun qu'elles ne portent que sur les caractéristiques essentielles de la société, c'est-à-dire sur celles qui intéressent les tiers :

— Telles sont d'abord les caractéristiques relatives à l'identification de la société : objet, siège social, début et fin du contrat.

— Doivent être publiés aussi les moyens qu'ont les tiers de savoir que la société est engagée : raison sociale ou dénomination commerciale d'une part, nom et adresse des personnes ayant qualité pour agir au nom de la société d'autre part.

— Les tiers doivent encore connaître l'étendue de leur gage quand ils traitent avec la société. C'est pourquoi doivent être publiés la forme de la société, le nom des associés indéfiniment responsables et le montant du capital social.

— Enfin, on renvoie les tiers, pour plus amples détails, à la publicité in extenso, en indiquant le greffe du tribunal de commerce où celle-ci a été faite.

B. — *Élément visible résultant de l'activité de la société.*

a) *Activité sociale corroborant la publicité.*

156 — La publicité ne suffit pas à créer une apparence de société. Il faut encore que la société se soit manifestée par une activité extérieure. Si, en effet, la société n'est pas entrée en relations avec les tiers, ceux-ci n'ont pas à être protégés.

Normalement donc, ce second élément visible corrobore le premier. La publicité seule serait impuissante à créer une apparence car elle n'extériorise que l'origine de la société, le pacte social. La société doit encore paraître vivre comme une véritable personne et cette extériorisation résulte de l'activité sociale¹.

1. Abeille (op. cit., p. 141 et 164) va jusqu'à distinguer apparence de contrat et apparence de personne morale. Nous ne pensons pas qu'une telle distinction soit possible, car la personnalité est inséparable des statuts qui lui donnent vie. Tout ce qu'on peut dire, c'est que la publicité crée une apparence statique, alors que l'activité sociale crée une apparence dynamique.

Contrairement à la publicité, qui était prévue par la loi, le second élément visible, susceptible de nuances, est laissé à l'appréciation du juge. Celui-ci décide si l'activité déployée par la société inexistante ou nulle était de nature à tromper les tiers et à leur faire croire à l'existence d'une société régulière. Il en sera ainsi par exemple si les tiers ont traité avec des personnes se disant gérants ou administrateurs, se servant du papier à en-tête de la société, et utilisant la raison sociale ou la dénomination commerciale ; ou encore si la société inexistante ou nulle avait des bureaux, des employés, des immeubles à son nom, si elle avait émis des actions ou des obligations de saine apparence. L'élément visible peut même résulter de prospectus ou de réclames faits au nom de la société. Lorsque la société apparente comporte un petit nombre d'associés, l'élément visible peut résulter du fait que les associés traitaient les opérations en commun, tenaient l'un et l'autre les comptes et la caisse et faisaient inscrire à leurs noms les privilèges du vendeur ¹.

Cette activité sociale, comme la publicité qu'elle corrobore, crée, non seulement une apparence de société existante et régulière, mais encore une apparence du type de cette société. Ainsi, par exemple, une société fictive, publiée comme société en nom collectif, déploie une activité conforme à celle d'une société, notamment par l'emploi d'une raison sociale propre à tromper les tiers. Ainsi encore, une société anonyme, nulle par défaut de souscription du capital, prend, aux yeux des tiers, l'apparence d'une société anonyme si son papier la porte comme telle, si des assemblées d'actionnaires sont tenues, et, plus généralement, si elle a une vie sociale conforme à celle d'une telle société.

Il n'est pas impossible que le type de la société, tel qu'il résulte de l'activité sociale, soit en contradiction avec celui qui a fait l'objet de la publicité. Il faut alors décider que la publicité l'emporte sur le second élément visible : le type de la société nulle ou inexistante sera celui marqué par la publicité, car il y a là une espèce d'apparence légale que les tiers *doivent* connaître.

b) *Activité sociale remplaçant la publicité.*

157 — Le second élément visible peut aller plus loin : il remplace le premier lorsque la société est nulle faute de publicité. Une telle nullité n'exclut en rien l'idée d'apparence ; si, malgré le défaut de publicité, la société a déployé une activité suffisante pour faire croire à son existence et à sa régularité, les tiers de bonne foi peuvent ignorer le vice de constitution et conservent le bénéfice des actes passés avec la société ; c'est en ce sens qu'on peut entendre l'article 56 de la loi du 24 juillet 1867, en vertu duquel

1. Com., 9 juin 1958 (GP., 9 sept. 1958).

les associés ne peuvent opposer aux tiers le défaut de publicité¹. L'application la plus notable concerne les sociétés créées de fait ; certes, les rapports entre parties, entre concubins par exemple, ont un fondement contractuel², il faut donc avant tout déceler une affectio societatis ; mais, quand il s'agit de tiers, seule compte l'apparence : la société pourra être tenue pour valable à leur égard, même en l'absence d'affectio societatis³, si un élément visible suffisant résulte de l'activité sociale ; au contraire, la société ne peut être tenue pour valable à l'égard des tiers si cet élément visible n'est pas suffisant alors même que les parties seraient liées par une véritable affectio societatis.

Dans ces hypothèses, l'activité sociale doit être douée d'une singulière vigueur pour tromper les tiers, puisqu'elle n'est pas renforcée par la publicité et qu'elle constitue tout l'élément visible. Le juge sera donc plus sévère dans son appréciation. Le seul emploi d'une raison sociale ne saurait par exemple suffire, il faut que cet emploi soit constant⁴. De façon plus générale, la société inexistante ou nulle doit être entrée en relations d'affaires avec un grand nombre de personnes⁵. A ce point, l'élément visible se rapproche de celui nécessaire à l'error communis : la publicité ne peut être remplacée par l'activité sociale que si cette dernière est de nature à tromper l'ensemble de la population juridique sur l'existence et la régularité de la société.

Ici encore, l'activité sociale peut créer l'apparence du type de la société. Ce type est toutefois plus difficile à déceler que lorsqu'il résulte de la publicité. Dans le doute, on tiendra la société apparente pour une société en nom collectif, qui assure aux tiers le maximum de protection. Mais si cela est possible, le juge doit rechercher sous quelle forme la société non publiée s'est manifestée aux tiers⁶. Cette forme apparente peut ne pas correspondre à celle qu'avaient voulue les parties⁷, à l'égard de ces dernières c'est le type réellement voulu qui reçoit application ; mais les tiers peuvent se prévaloir du type qui leur est apparu. Ainsi, une société en commandite non publiée peut s'être manifestée sous la forme d'une société en nom collectif ; les tiers peuvent alors tenir tous les associés, y compris les commanditaires, pour indéfiniment responsables.

PARAGRAPHE 2. — PERSONNES PROTÉGÉES PAR L'ÉLÉMENT VISIBLE.

158 — Les personnes placées sous la protection de l'élément visible doivent satisfaire à trois conditions : elles doivent être

1. Hémard, op. cit., n° 161.

2. Lapp, note sous Rennes, 15 janvier 1957 (JCP., 57.II.10034).

3. Contra : Hémard, op. cit., p. 441, note 1.

4. T. Com. Seine, 11 juillet 1899 (J.T. Com., 1900.116).

5. Jurisprudence citée par Hémard, op. cit., n° 107.

6. Req., 19-11-35 (S., 37.1.285).

7. Hémard, op. cit., n° 248.

des tiers, elles doivent avoir intérêt à invoquer l'apparence, elles doivent enfin être de bonne foi. Cette dernière condition se confond avec la nécessité d'un élément psychologique, que nous montrerons plus loin. Il reste donc à étudier les deux premières conditions.

A. — *La qualité de tiers.*

159 — Seuls les tiers peuvent avoir été trompés par l'élément visible, et voir par conséquent leur bonne foi protégée. Les parties, en revanche, ne peuvent jamais soutenir qu'elles ont ignoré l'inexistence ou la nullité :

— Elles ne peuvent pas ignorer l'inexistence. Ou bien elles ont simulé une société et elles seraient alors mal venues à se poser en victimes de leur propre machination. Ou bien elles n'étaient pas d'accord sur un élément essentiel, et aucune ne peut alors prétendre avoir donné un véritable consentement (la partie trompée peut seulement, le cas échéant, demander réparation aux autres sur le fondement de l'article 1382).

— Les parties ne peuvent pas ignorer la nullité de la société qu'elles avaient voulu former, car elles se trouvent être les co-auteurs du vice qui a provoqué cette nullité. Si, dans certains cas, la notion de société de fait permet de tenir compte des statuts dans les rapports entre les parties, il ne s'agit nullement de protéger la bonne foi de ces dernières, mais de tirer les conséquences d'un contrat que la nullité n'a pas touché¹.

Le principe est par conséquent très net : les tiers seuls sont protégés par l'élément visible. Ces tiers sont les personnes étrangères au pacte social, ou à ce qui a paru un pacte social.

La question ne fait pas de difficulté pour les créanciers et les débiteurs personnels des associés, qui, n'ayant rien à voir avec la sociétés, peuvent considérer celle-ci comme existante et régulière. Pas de difficulté, non plus, pour les personnes qui ont traité, sur la foi des apparences, avec la société inexistante ou nulle. Ces personnes sont des tiers, elles peuvent donc compter, si les autres conditions sont réunies, sur la validité de l'acte passé, que ses effets soient instantanés ou successifs, qu'ils soient translatifs de droits réels ou créateurs de droits personnels ; dans cette catégorie rentrent les personnes qui ont souscrit des obligations de sociétés, et qui, de ce fait, sont devenues les créanciers de la société.

160 — Un premier problème se pose pour les actionnaires, qui sont traditionnellement considérés comme des associés. S'il en est ainsi, ils ne devraient pas pouvoir invoquer l'apparence pour ignorer l'inexistence ou la nullité de la société anonyme ou de la société en commandite par actions dont ils font partie. Une telle solu-

1. Voir n° 150.

tion heurte le bon sens : pourquoi traiter différemment des personnes qui ont acquis une action dans la société et celles qui ont traité avec elle ? Les unes et les autres sont totalement étrangères à la cause d'inexistence ou de nullité, et à l'apparence créée. Ripert¹ a marqué très justement, à propos des sociétés anonymes qu'on « ne saurait concevoir l'existence de rapports juridiques con- » tractuels entre des milliers d'associés qui ne se connaissent pas ». Il faut donc certainement, en matière d'apparence, considérer les actionnaires comme des tiers : s'ils ont cru de bonne foi² à l'existence et à la régularité de la société ils doivent conserver pour le passé tous les avantages qu'a pu leur procurer leur participation à cette société³. C'est pour cette raison qu'est couramment admise la validité de la négociation des actions malgré la nullité de la société⁴. La solution s'impose d'autant plus que l'élément visible est ici particulièrement déterminant, puisqu'il résulte surtout de la régularité formelle du titre négociable. En matière de société anonyme, par conséquent, les seules personnes qui ne puissent pas se prévaloir de leur bonne foi sont les personnes qui prennent l'initiative de la création, c'est-à-dire les fondateurs ; en matière de commandite par actions, ce sont les commandités ; eux seuls sont véritablement parties à l'apparence créée.

161 — Dans les sociétés de personnes, par contre, aucun associé ne peut invoquer l'apparence. Cependant, la question souffre quelque difficulté pour le cessionnaire d'une part sociale⁵. La personne qui se trouve, par suite de la cession ou de la transmission d'une part, faire partie d'une société de personnes inexistante ou nulle, peut elle se considérer comme un tiers et, par suite, compter sur l'existence d'une société valable⁶ ? Sans doute, cette personne devient un associé ; mais elle ne l'était pas à l'origine, et elle pourrait soutenir que la cause de l'inexistence ou de la nullité lui est étrangère. En matière de société de fait la jurisprudence considère une telle cession comme pleinement valable⁷ ; mais elle fonde cette solution sur l'existence d'un pacte social malgré la nullité, et non sur la protection due aux tiers de bonne foi. Il faut donc, semble-t-il, considérer le cessionnaire comme un

1. Ripert, n° 1027.

2. La bonne foi des actionnaires doit certainement être appréciée plus sévèrement que celle des autres tiers, car ils ont de nombreuses occasions, en participant aux assemblées, de connaître l'inexistence ou l'irrégularité de la société.

3. Com., 4 juillet 1956 (B. Cass., 1956.III, n° 202).

4. Lyon-Caen et Renault, n° 787. — Civ., 3 juin et 29 juin 1885 (D., 86.1.25., concl. Desjardins). — Civ., 15 nov. 1892 (D., 93.1.13). — Req., 7 déc. 1920 (DP., 21.1.241, note Lacour).

5. Il faut supposer que le pacte social ou les associés aient autorisé une pareille cession, dérogeant par là au droit commun des sociétés de personnes.

6. Cette question se pose rarement en pratique, car les cessionnaires ont le plus souvent intérêt à faire annuler la cession pour échapper à leurs obligations sociales.

7. Civ., 3 juin 1885 (D., 86.1.25). — Angers, 8 fév. 1934 (DH., 34.225).

véritable associé ; il ne peut jamais se fonder sur l'apparence pour prétendre à l'existence d'une société régulière. En dehors du cas où il y a société de fait (hypothèse dans laquelle il est protégé en tant qu'associé et non en tant que tiers), le cessionnaire ne peut pas bénéficier des avantages que lui procure dans la société la part acquise par lui ; il en est ainsi lorsque la société est inexistante ou lorsqu'elle est nulle d'une nullité absolue.

B. — *L'intérêt à invoquer l'apparence.*

162 — Les tiers de bonne foi peuvent ignorer l'inexistence ou la nullité de la société s'ils ont été trompés par un élément visible suffisant. Mais tous n'ont pas intérêt à invoquer l'apparence : on leur accorde traditionnellement une option que nous étudierons d'abord. Nous verrons ensuite quelles catégories de tiers ont intérêt à opter pour l'apparence.

a) *Droit d'option des tiers.*

163 — L'élément visible crée un droit au profit des tiers, mais ne saurait mettre une obligation à leur charge. Ce principe découle directement de l'idée d'apparence qui, destinée à protéger les tiers, ne peut logiquement aboutir à leur nuire.

Les tiers peuvent donc opter. Ils ne sont pas obligés de s'en tenir à l'élément visible ; les associés pourraient cependant avoir intérêt à opposer l'apparence à leurs créanciers personnels pour que ceux-ci soient obligés d'ignorer l'inexistence ou la nullité de la société ; ce droit n'est jamais reconnu aux associés, alors même que la nullité laisserait place entre eux à une société de fait¹, car l'apparence est un bénéfice pour les tiers et ceux-ci peuvent toujours y renoncer si elle cesse d'en être un.

Si les tiers choisissent la réalité ils se verront appliquer toutes les conséquences de l'inexistence ou de la nullité telles que nous les avons étudiées². Si par contre ils choisissent l'apparence, la société produira à leur égard les mêmes effets que si elle était existante et régulière, comme nous le verrons³. Quel qu'il soit, le parti pris est indivisible : une même personne ne peut pas considérer la société comme existante et régulière pour conserver le bénéfice de certains actes, et en même temps se prévaloir de l'inexistence ou de la nullité pour se dégager de certaines obligations⁴.

1. Civ., 20 nov. 1901 (D., 07.1.217, note de Loynes). — Escarra et Rault, I, n° 193.

2. Voir n°s 138 et s., 147 et s.

3. Voir n°s 169 et s.

4. Telle est la raison inexprimée, comme le marque son commentateur, d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 19 mars 1946 (JCP., 46.3125, note Becque).

164 — Le droit d'option des tiers ne fait aucun doute quand l'apparence est le résultat d'une simulation. On sait en effet que l'art. 1321 en matière de contre-lettres réserve le droit pour les tiers de bonne foi de se prévaloir de l'acte simulé. Or, la doctrine ¹ a tiré de ce texte, par argument a contrario, le droit pour les tiers d'invoquer la convention cachée, s'ils le préfèrent, et a étendu ce droit à tous les cas de simulation. Quelle que soit la valeur de l'argument de texte, le droit d'option repose en cette matière sur un fondement plus solide : la faute de l'auteur de l'apparence. La simulation, certes, ne constitue pas nécessairement une fraude, mais elle est toujours une faute et ne saurait donc aboutir à profiter à son auteur. Pour cette raison, les tiers qui y ont intérêt peuvent écarter l'acte simulé et se prévaloir de l'acte caché. Il y a là un principe tout à fait général qui reçoit une application particulière en matière de société ² : ainsi, si une société crée des filiales fictives, les personnes qui ont traité avec ces filiales ont intérêt à s'en tenir à l'apparence ; par contre, les créanciers de la société mère ont intérêt à invoquer la réalité : les uns et les autres peuvent exercer l'option dans le sens qui leur est favorable.

165 — Ce droit d'option est admis traditionnellement dans une autre matière, celle des sociétés de fait. On invoque généralement l'art. 58 de la loi du 24 juillet 1867, en vertu duquel les associés ne peuvent se prévaloir à l'égard des tiers de l'inobservation des formalités de publicité. Généralisant cette solution, la doctrine ³ et la jurisprudence ⁴ posent en principe que les tiers sont en droit d'opter pour la validité de la société ou au contraire pour sa nullité, quel que soit le vice de constitution relevé, dès lors que l'annulation laisse subsister une société de fait. Comme en matière de simulation, l'argument de texte serait de peu de poids si le droit d'option ne reposait pas sur la faute des associés : ceux-ci sont en effet toujours plus ou moins responsables de l'irrégularité qui est à la base de la nullité de la société, et ne sauraient donc s'en prévaloir contre les tiers.

Hémar ⁵ et Bonelli ⁶, il est vrai, ont vigoureusement critiqué l'option offerte aux tiers en matière de société de fait. Pour ces auteurs, le sort d'une société dépend de la loi et non de la volonté des particuliers. Si la société est nulle, elle ne peut devenir régulière parce que c'est l'intérêt des tiers. Cette thèse n'a pas prévalu,

1. Planiol, II, n° 1198. — Colin et Capitant, p. 318. — Bartin. Des contre-lettres, Paris, 1885.

2. Ripert, n° 625. — Plaisant, note sous Soc., 14 déc. 1944 (S., 46.1.106).

3. Escarra et Rault, I, n° 168. — Escarra, n° 582. — Lagarde, au R.D. Sociétés, v° sociétés de fait, n° 79.

4. Civ., 25 fév. 1885 (D., 85.1.104). — Civ., 18 juillet 1906 (D., 08.1.21, note Thaller).

5. Op. cit., nos 147 et s.

6. Riv. di dir. comm., 1906.1.124.

car la jurisprudence invoque constamment le droit d'option. En réalité, il s'agit surtout d'une querelle de mots : personne n'a jamais soutenu que la volonté des tiers aboutit à faire disparaître l'irrégularité de la société : une société nulle reste nulle. Seulement cette nullité a pu rester cachée aux yeux des tiers ; ceux-ci, comme le dit Hémard¹ lui-même « ont pu considérer la société » comme régulière d'après la réalité de la vie sociale, d'après « l'apparence extérieure » ; ces tiers trompés peuvent conserver le bénéfice des actes passés avec la société, comme si celle-ci était régulière, mais cela ne veut pas dire que la société devienne régulière. Les tiers invoquent l'apparence de régularité, mais non la régularité elle-même. Pour faire bref, on a dit qu'ils avaient un choix entre la nullité et la validité. Pour être plus précis il vaut mieux parler d'une option entre l'apparence et la réalité.

166 — Partant de cette idée, il ne faut pas hésiter à généraliser le droit d'option. S'il s'applique en matière de simulation et en matière de société de fait, c'est en vertu d'un principe plus général, qui recouvre tous les cas d'apparence. Les tiers trompés par l'élément visible peuvent conserver le bénéfice des actes passés avec la société. Mais il ne sont pas obligés de s'en tenir à l'apparence et peuvent aussi, s'ils y ont intérêt, considérer la société pour ce qu'elle est réellement, inexistante ou nulle. Peu importe que l'existence apparente résulte ou non d'une simulation ; peu importe que la nullité laisse place ou non à une société de fait. Il faut même admettre le droit d'option lorsque l'apparence ne résulte d'aucune faute des associés, car la protection due aux tiers de bonne foi s'impose avec la même vigueur quelle que soit l'origine de l'apparence.

b) *Les intérêts en présence.*

167 — On pourrait penser que le droit d'option laisse à chaque tiers la faculté de peser le pour et le contre, et de se décider finalement pour le parti qui lui paraît préférable. Il n'en est rien : certaines catégories de tiers choisiront inéluctablement l'apparence, car tel est leur intérêt nécessaire, alors que d'autres catégories verront leur intérêt les guider vers la réalité. Nous pensons en effet que les tiers d'une même catégorie ont tous les mêmes intérêts.

Certains tiers, ayant intérêt à invoquer la réalité, ne peuvent être classés parmi ceux protégés par l'élément visible.

Tels sont d'abord, sans discussion possible, les débiteurs sociaux. Ceux-ci en invoquant l'inexistence ou la nullité de la société, aboutiraient à faire disparaître leur dette. Mais le droit d'invoquer la réalité ne leur est pas reconnu², les débiteurs

1. Op. cit., n° 151 in fine.

2. Hémard, op. cit., n° 328.

sociaux ne peuvent opposer à personne, même pas aux associés, l'inexistence ou la nullité de la société¹. Cette solution peut s'expliquer : l'obligation du débiteur conserve une cause malgré l'inexistence ou la nullité de la société ; permettre à ce débiteur de se délier serait lui accorder un bénéfice qu'il n'a nullement mérité. On est donc ici en présence d'un tiers qui ne possède même pas le droit d'option : bien loin d'être protégé par l'élément visible, il est obligé par cet élément visible.

Les créanciers personnels des associés, ont, eux aussi, intérêt à invoquer la réalité, car cela leur permet de faire tomber à la fois les aliénations ou constitutions de droits réels consenties par la société et les dettes contractées par elle. Le gage de ces créanciers qui est le patrimoine de leur débiteur-associé, se trouve donc augmenté du fait de l'inexistence ou de la nullité de la société.

On a soutenu², il est vrai, que l'inverse pouvait quelquefois se produire, le créancier personnel ayant intérêt à invoquer l'apparence lorsque la part du débiteur-associé dans la liquidation était supérieure à l'apport qu'il avait fait. A notre avis, cette opinion procède d'une confusion : le partage de la communauté de fait se situe dans le cadre des rapports entre associés, rapports qui n'ont rien à voir avec l'idée d'apparence. Dès lors, le parti que prend un tiers ne saurait avoir aucune influence sur le règlement du partage ; si ce dernier avantage un associé, c'est pour des raisons toutes différentes : ou bien la société apparente a fait des bénéfices, ou bien elle vaut comme société de fait et les statuts comportent une clause qui augmente la part d'un associé. De toute façon, cette part supérieure n'est pas le résultat de l'apparence. Un créancier personnel n'a donc jamais intérêt à opter pour l'apparence.

168 — D'autres catégories, en revanche, sont protégées par l'élément visible, leur intérêt étant d'invoquer l'apparence et non la réalité.

Il s'agit d'abord des ayants cause à titre particulier de la société, c'est-à-dire des personnes qui ont acquis un droit de la société : celle-ci leur a vendu un bien, leur a consenti une hypothèque, leur a donné un immeuble à bail, etc... Ces ayants cause ont nécessairement intérêt à opter pour l'apparence, puisque c'est le moyen pour eux de conserver leur propriété, leur hypothèque, leur bail, ou plus généralement le droit qu'ils tiennent de la société inexistante ou nulle.

Les créanciers sociaux ont aussi intérêt à invoquer l'apparence, pour conserver les créances qu'ils ont sur une société inexistante ou nulle.

On a cependant avancé que ces créanciers sociaux pouvaient avoir quelquefois intérêt à opter pour la réalité. Il en serait ainsi

1. Il faut évidemment réserver le cas où le débiteur aurait été victime de manœuvres dolosives.

2. Voir, par exemple : Escarra et Rault, I, n° 193.

lorsque certains associés ont une responsabilité limitée par les statuts, car la nullité de ces derniers rendrait tous les associés indéfiniment responsables¹, ou encore lorsqu'un créancier social veut faire tomber une aliénation ou une constitution de droit réel consentie par la société, car cela augmenterait son gage². A notre avis, les créanciers sociaux n'ont jamais intérêt à invoquer la réalité. Ils ne peuvent à la fois conserver leur créance sur la société et ignorer les statuts ou les aliénations consenties par cette société, car cela se heurterait à l'indivisibilité de l'option³. L'intérêt du créancier social le pousse inéluctablement à se prévaloir de l'apparence, car c'est une condition indispensable à la conservation de sa créance.

PARAGRAPHE 3. — PROTECTION ISSUE DE L'ÉLÉMENT VISIBLE.

169 — Un élément visible existe. Certaines personnes sont susceptibles d'être placées sous sa protection. Mais cette protection n'est pas toujours entière ; elle ne le sera que si l'intérêt des tiers de bonne foi ne se heurte pas à celui, aussi respectable, de personnes qui invoquent la réalité. Il convient donc de distinguer suivant que la protection est complète ou qu'elle est atténuée par la nécessité d'une protection concurrente.

A. — *Protection complète.*

Rien n'empêche l'idée d'apparence de jouer pleinement lorsque créanciers sociaux et ayant cause à titre particulier de la société ne trouvent pas en face d'eux des personnes qui invoquent la réalité et qui méritent protection. Il en est ainsi en l'absence de créanciers personnels et d'associés incapables. La protection des tiers de bonne foi ne se heurte alors à aucune protection concurrente. Les uns et les autres conservent leurs droits comme s'ils avaient traité avec une société existante et régulière.

a) *Protection des ayants cause à titre particulier.*

170 — Les personnes qui tiennent un droit de la société apparente peuvent conserver ce droit, malgré l'inexistence ou la nullité lorsqu'elles ne se trouvent pas en présence de créanciers per-

1. Escarra et Rault, I, n° 158. — Escarra, n° 582.

2. Lyon-Caen et Renault, II, n° 240. On a parlé aussi du créancier qui trouve préférable de s'affranchir entièrement d'un contrat synallagmatique conclu avec la société (Hémar, op. cit., n° 307). Mais si le contrat lui est défavorable, le tiers n'est pas proprement un créancier ; il est un débiteur social, et à ce titre il ne devrait pas pouvoir opter pour la réalité. Voir n° 167.

3. Voir n° 163. M. Becqué (note au JCP., 46.11.3125) montre bien l'impossibilité pour un créancier social de se réclamer de la nullité de la société à propos d'hypothèques consenties à d'autres créanciers, et de se prévaloir en même temps de l'existence de fait de la société pour conserver sa propre créance.

sonnels ou d'associés incapables. Sans doute, les créanciers sociaux auraient intérêt à voir anéantir les droits de ces ayants cause à titre particulier, puisque cela augmenterait leur gage; mais, nous l'avons vu¹, en invoquant la nullité de ces droits, les créanciers sociaux seraient obligés par là même de subir la nullité de leur propre créance, en vertu de l'indivisibilité de l'option. Dans l'hypothèse qui nous occupe, la protection des ayants cause à titre particulier est donc complète. Personne ne peut porter atteinte à leurs droits; cette solution s'applique à toutes les catégories de droits et à toutes les causes d'inexistence ou de nullité.

La jurisprudence maintient les aliénations effectuées par la société avant la déclaration de son inexistence ou son annulation, non seulement lorsque la société apparente vaut comme société de fait, mais encore lorsque la nullité est absolue ou la société inexistante. Il s'agit en effet de protéger la bonne foi des acquéreurs, et celle-ci est la même, qu'existe ou non un contrat véritable entre les associés. La notion de société apparente se double ici de celle de propriété apparente: les tiers ont cru que la société était propriétaire du bien qu'elle leur vendait; ils doivent donc être maintenus dans leurs droits, de la même manière que le droit civil maintient les aliénations effectuées par un héritier apparent². Le véritable propriétaire qui est normalement un pseudo-associé, sera privé de tous ses droits sur le bien considéré.

Il faut également conserver toute leur valeur aux actes constitutifs de droit réel consentis par la société apparente. C'est à propos des hypothèques que les applications sont les plus fréquentes et les discussions les plus vives. Un arrêt de la Chambre civile³ permit à l'apporteur de reprendre son immeuble franc de l'hypothèque consentie par la société apparente. C'est là abandonner toute idée d'apparence pour s'en tenir à l'application de la réalité: l'hypothèque ne peut exister parce qu'elle n'a pas été constituée par le véritable propriétaire, mais par une société inexistante ou nulle. La Cour de cassation, il est vrai, tempère cette solution en permettant au créancier social hypothécaire de réclamer des dommages intérêts, s'il est de bonne foi, pour le préjudice causé par la disparition de l'hypothèque.

Mais d'autres décisions⁴ consacrent pleinement l'idée d'apparence. C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des requêtes du 19 mars 1946 n'hésite pas à invoquer l'erreur commune commise par les tiers pour valider l'hypothèque consentie par une société nulle;

1. Voir n° 168.

2. Cass., 26 janvier 1897 (D., 1900.1.33, note Sarut). — Req., 20 mai 1935 (DP., 35.1.97, rapport Pilon, note Capitant).

3. Civ., 1^{er} mars 1938 (DH., 38.259).

4. Req., 20 juillet 1910 (DP., 10.1.392). — Req., 21 fév. 1941 (S., 41.1.58). — Req., 19 mars 1946 (JCP., 46.11.3125, note Becque).

dans cette espèce, le titulaire de l'hypothèque n'avait en face de lui que des créanciers sociaux ; ces derniers étaient donc mal venus, comme le marque M. Becqué dans sa note¹, et comme nous l'avons dit², à invoquer à la fois la nullité de la société pour anéantir l'hypothèque, et sa validité pour conserver leur propre créance. Mais il faut encore savoir ce qui fonde le maintien simultané des créances et des hypothèques ; ce fondement, c'est pour nous la protection des tiers de bonne foi trompés par l'apparence. Il ne faut donc pas hésiter à généraliser la solution et à admettre le maintien des hypothèques consenties à des tiers par toutes sortes de sociétés apparentes, qu'elles soient inexistantes ou simplement nulles.

Les conséquences de l'apparence doivent être appliquées au bail consenti par la société inexistante ou nulle. Le tiers de bonne foi ne peut être expulsé du local qu'il a pris à bail. La question s'est présentée à propos d'un immeuble qui, après avoir été loué par une société fictive, avait été régulièrement vendu à une autre personne. La Cour d'Aix et la Chambre civile de la Cour de Cassation³ consacrèrent l'idée d'apparence en refusant au nouveau propriétaire le droit d'expulser le locataire de bonne foi. Admise en matière de société inexistante, une telle solution doit a fortiori s'appliquer aux sociétés nulles.

b) *Protection des créanciers sociaux.*

171 — Les créanciers de la société apparente conservent tous leurs droits (à condition qu'ils ne se trouvent pas en présence de créanciers personnels ou d'associés incapables). Ces créanciers ont en effet traité en ignorant l'inexistence ou la nullité de la société et leur bonne foi doit être protégée. Les créanciers sociaux sont donc en droit d'exiger des associés l'exécution des contrats conclus par la société apparente. Les associés seraient en effet bien mal venus, pour se dégager de leurs obligations, d'invoquer une inexistence ou une nullité dont ils sont les auteurs. Mais l'idée d'apparence va plus loin. Elle autorise les créanciers sociaux à considérer la responsabilité de chaque associé telle qu'elle s'est manifestée à eux à travers la publicité ou l'activité sociale. En d'autres termes, la société conserve à l'égard des tiers la forme sous laquelle elle leur apparue. Ainsi, les créanciers d'une société nulle peuvent considérer tous les associés comme personnellement responsables si la société leur est apparue sous la forme du nom collectif⁴.

1. Sous req., 19 mars 1946, préc.

2. Voir n° 168.

3. Soc., 14 déc. 1944 (S., 46.1.105, note Plaisant).

4. Civ., 16 nov. 1887 (S., 88.1.369). — Besançon, 25 mars 1952 (D., 52.5.68).

Cette solution ne fait pas de difficulté en matière de société de fait, car on peut admettre que les statuts, conservant leur valeur, continuent à régir la responsabilité des associés. Mais, comme l'a montré Hémard, il faut aller plus loin et admettre que la société de fait emprunte envers les tiers sa forme à sa « notoriété » : si la société a été publiée où s'est présentée sous une forme différente de celle qu'avaient voulu les parties¹, c'est la forme apparente qui prévaut². Comment expliquer une telle solution, sinon par la nécessité de protéger les tiers de bonne foi ?

Nous pensons qu'il faut dépasser le cadre des sociétés de fait³ ; en cas d'inexistence ou de nullité absolue, la société s'est aussi présentée aux tiers sous une certaine forme, qui résulte principalement de la publicité. Malgré l'absence du contrat, malgré son illicéité, les tiers doivent pouvoir compter sur cette forme apparente, car leur bonne foi ne dépend pas de la nature de la réalité cachée. Il faut donc autoriser les créanciers de la société apparente à agir contre les pseudo-associés exactement comme si ceux-ci faisaient partie d'une société véritable. Dans un cas, toutefois, la protection des tiers de bonne foi se heurte à une impossibilité naturelle. Il en est ainsi lorsque les associés apparents sont des personnes imaginaires. Les créanciers soi-disant sociaux peuvent alors agir seulement contre la personne qui cachait ses activités derrière celle de la société fictive⁴.

172 — La protection des tiers de bonne foi serait totale si on leur permettait de faire prononcer la faillite de la société apparente. La jurisprudence⁵ admet cette possibilité en matière de société de fait. Elle ne paraît généralement pas l'admettre, en revanche, lorsqu'il s'agit d'une inexistence ou d'une nullité absolue. Une telle différence se concevrait parfaitement si, comme le fait Hémard⁶, on attribuait la personnalité morale aux sociétés de fait : on peut soutenir, en effet que la faillite est attachée à la personnalité. Mais la tendance actuelle est de dénier toute personnalité aux sociétés de fait. Si donc ces dernières peuvent être déclarées en faillite, on voit mal pourquoi de simples communautés de fait ne pourraient l'être également, si elles ont l'apparence d'une société. Des arrêts récents n'ont pas hésité à pro-

1. En fait, une telle contradiction ne peut guère se rencontrer que dans les sociétés de personnes, car une société par actions nulle se révèle toujours comme une société par actions.

2. Poitiers, 12 fév. 1913 (J.T. Com., 1914.701).

3. Hémard, n° 52, reconnaît cette nécessité, mais fonde le droit des tiers de bonne foi, lorsque la société apparente ne vaut pas comme société de fait, sur un mandat donné par chacun des associés.

4. Abeille, op. cit., p. 189.

5. Req., 5 juillet 1900 (D., 02-1.89). — Req., 20 mars 1935 (S., 35.1.209). — Com., 9 juin 1958 (G.P., 9 sept., 1958). — Com., 17 juin 1958 (G.P., 19 sept. 1958).

6. Op. cit., n° 284.

noncer la faillite des sociétés fictives¹. En fait, la mise en faillite d'une société apparente n'est pas une nécessité absolue, car la protection des tiers de bonne foi résulte assez de la mise en faillite des pseudo-associés ou de la personne qui agissait sous le couvert de la société².

B. — *Protection atténuée.*

173 — La protection des tiers de bonne foi est atténuée, ou même supprimée lorsqu'elle se heurte à celle de certaines personnes dignes d'intérêt. Ces personnes peuvent être des associés (au cas de nullité relative) ou d'autres tiers (les créanciers personnels des associés).

a) *Protection atténuée par celle des associés.*

Les sociétés de personnes peuvent être nulles pour vice du consentement ou incapacité de l'un des associés³, cela n'empêche pas les tiers trompés par l'apparence de poursuivre les autres associés comme si la société était valable. Mais ces créanciers sociaux peuvent-ils aussi poursuivre l'associé incapable ou celui dont le consentement a été vicié ? Et les ayants cause à titre particulier de la société peuvent ils conserver leurs droits à l'encontre de cet associé digne de protection ?

La doctrine⁴ fait en général une distinction :

— l'associé incapable et celui victime d'erreur ou de violence sont remis dans la situation où ils se seraient trouvés s'il n'y avait pas eu de société ;

— l'associé victime de dol, par contre, reste tenu envers les tiers de bonne foi, car le dol peut être seulement opposé au co-contractant auteur de manœuvres pratiquées (art. 1116 c. civ.).

Cette distinction est critiquable. Le dol, sans doute, doit émaner du co-contractant pour être cause de nullité. Mais cela ne veut pas dire que la nullité, une fois prononcée, n'est opposable qu'à ce co-contractant. La nullité existe à l'égard des tiers comme à l'égard des autres associés. Il ne serait d'ailleurs pas équitable de mettre la victime du dol dans une situation plus défavorable que celle de l'erreur ou celle de violence, alors que les unes et les autres méritent la même protection.

1. Douai, 30 juillet 1950 (RTD. Com., 50.648, obs. Houin) ; Com., 11 juillet 1955 (GP., 55.2.199). La faillite des sociétés apparentes se heurte à un obstacle : en raison de l'indivisibilité de la faillite, il est impossible de traiter différemment les créanciers de bonne foi et ceux de mauvaise foi.

2. Voir n° 139. Sur un cas où il y a exceptionnellement intérêt à prononcer la faillite de la société, voir Com., 17 juin 1958 (préc.).

3. Voir n° 144.

4. Escarra et Rault, I, n° 183, note 1. — Lagarde, au RD. Sociétés, v° Société de fait, n° 32.

174 — C'est sur le plan de l'apparence qu'il faut se placer pour savoir si les tiers de bonne foi peuvent considérer l'incapable ou la personne dont le consentement a été vicié comme un véritable associé. Avec Hémar¹, nous pensons que la solution est différente suivant qu'il s'agit d'incapacité ou de vice de consentement :

— L'erreur, le dol et la violence sont très difficiles à déceler, car ils résultent d'un simple comportement psychologique ou de manœuvres que leurs auteurs ont intérêt à cacher. Il faut donc que la protection des tiers reste entière, quitte à sacrifier la personne dont le consentement a été vicié. Telle est certainement l'explication de la jurisprudence² qui permet aux créanciers sociaux de poursuivre l'associé victime du dol, et de celle qui permet à l'acquéreur de bonne foi de conserver le bien apporté à la société par l'associé victime du dol. En matière de vice du consentement, l'idée d'apparence est donc pleinement appliquée.

— Il n'en est pas de même s'il s'agit d'une incapacité, car ce vice est beaucoup plus facile à connaître. Le créancier social aurait dû s'assurer de la capacité de tous les associés, alors surtout qu'il s'agit nécessairement d'une société de personne. La protection de l'incapable doit par conséquent passer avant celle des tiers de bonne foi et venir atténuer l'idée d'apparence³ : les créanciers sociaux ne peuvent pas agir contre l'incapable, ils n'ont de recours qu'à l'encontre des autres associés ; de même, l'acquéreur de bonne foi doit restituer à l'incapable le bien que celui-ci avait apporté à la société.

b) *Protection atténuée par celle des créanciers personnels.*

175 — L'idée d'apparence se trouve encore en échec lorsque les créanciers sociaux ou les ayants cause à titre particulier de la société sont en conflit avec d'autres tiers, qui ont intérêt à écarter l'apparence pour se prévaloir de l'inexistence ou de la nullité. Ces tiers, nous l'avons montré⁴, sont les créanciers personnels des associés.

En matière de société de fait, doctrine⁵ et jurisprudence⁶ répètent à l'envi que les conflits doivent être réglés en faveur des créanciers personnels. En fait, cela ne veut pas dire que l'idée d'apparence soit totalement exclue. Nous allons voir, en effet,

1. Op. cit., n° 80. La même distinction se retrouve, pour les mêmes raisons, en matière d'effets de commerce.

2. Req., 9 août 1869 (D., 69.1.404). — Req., 25 mai 1886 (S. 87.1.268). Toutes ces décisions concernent le dol. Des cas d'erreur ou de violence ne paraissent pas s'être présentés en jurisprudence.

3. Cette solution est générale en matière d'apparence. Voir n° 13.

4. Voir n° 167.

5. Lyon-Caen et Renault, II, n° 228. — Thaller et Pic, I, n° 317 bis. — Escarra et Rault, I, n° 194. — Contra : Hémar, n° 311.

6. Civ., 11 mai 1870 (S., 70.1.428). — Req., 14 avril 1893 (DP., 94.1.91).

que cette idée est seulement atténuée dans l'hypothèse de conflits entre créanciers sociaux et créanciers personnels ; elle est par contre supprimée lorsque le conflit oppose ayants cause à titre particulier et créanciers personnels.

Lorsqu'ils se trouvent en présence de créanciers sociaux, les créanciers personnels restent des créanciers, alors que la stricte application de la réalité devrait anéantir leur droit : aucun lien juridique ne peut se former lorsque le sujet passif est une société inexistante ou nulle. Mais la protection des créanciers personnels a exigé que les conséquences de l'apparence n'aboutissent pas à conférer un véritable privilège aux créanciers sociaux ; aussi, ces derniers ne peuvent que se considérer créanciers des associés, et non de la société, ce qui a pour effet de supprimer leur droit de préférence sur les biens mis en commun. Créanciers sociaux et créanciers personnels sont mis sur le même pied, au prix d'une atténuation de l'idée d'apparence. La jurisprudence¹ en tire logiquement la conséquence que la faillite de la société de fait ne peut être prononcée si les créanciers personnels s'y opposent.

Un pareil compromis était impossible à réaliser quand les ayants cause à titre particulier de la société s'opposaient à des créanciers personnels des associés. Il fallait alors de toute nécessité choisir entre l'intérêt qu'avaient les premiers d'invoquer l'apparence pour conserver leur droit et celui qu'avaient les seconds d'invoquer la réalité pour anéantir ce même droit et par là augmenter leur gage. La jurisprudence² a tranché le conflit en faveur des créanciers sociaux : ceux-ci peuvent obtenir l'annulation de l'aliénation, de la constitution d'hypothèque ou de tout autre droit consenti par la société apparente. Cet anéantissement a lieu quelle que soit la date de la transcription ou de l'inscription³. L'idée d'apparence est donc ici totalement supprimée.

176 — Qu'ils soient en face de créanciers sociaux ou d'ayant cause à titre particulier, les créanciers personnels ont donc la préférence. Hémard⁴, à propos des sociétés de fait, critique cette solution : considérant en effet que les sociétés de fait ont la personnalité morale, cet auteur est logiquement amené à rejeter à la fois le droit d'option reconnu au tiers⁵, et la préférence accordée aux créanciers personnels. Cette opinion n'a pas été reçue par la jurisprudence, qui semble bien dénier toute personnalité morale aux sociétés de fait, puisqu'elle consacre le droit d'option et la préférence. Aussi, la doctrine explique en générale la préférence accordée aux créanciers personnels par le caractère fondamental

1. Civ., 26 fév. 1913 (D., 14.1.105, note Chéron).

2. Req., 14 avril 1893 (D., 94.1.91). — Req., 20 nov. 1901 (D., 07.1.217, note de Loynes).

3. Req., 14 avril 1893 (préc.).

4. Op. cit., n^{os} 254 et 317.

5. Voir n^o 165.

de la nullité : les tiers ont une option entre validité et nullité, mais en cas de conflit, c'est la nullité qui doit l'emporter, car c'est elle qui est de droit.

Cette explication ne nous convainc pas. Les branches de l'option accordée aux tiers sont moins validité et nullité qu'apparence et réalité ; or, on ne voit pas pourquoi, à l'égard des tiers, la seconde prévaudrait sur la première. L'élément visible a été le même pour tous, tous devraient donc en subir les conséquences qu'elles leur soient favorables ou défavorables. De plus, s'il s'agissait vraiment de remplacer l'apparence par la réalité, il faudrait en tirer toutes les conséquences, et notamment anéantir les créances sociales, ce que ne fait pas la jurisprudence.

Nous pensons trouver l'explication de la jurisprudence dans la mesure des intérêts respectifs des créanciers personnels des associés d'une part, des créanciers sociaux et ayant cause à titre particulier de la société d'autre part. Les premiers ont traité avec les associés personnellement, sans se préoccuper de savoir si une société avait été formée ; ils sont absolument étrangers à la société apparente. Les créanciers sociaux et les ayants cause à titre particulier ont en revanche traité avec la société apparente ; ils auraient peut-être pu, par des investigations plus poussées, se rendre compte de l'inexistence ou de la nullité de la société. Pour cette raison, leur protection, bien que légitime, doit être sacrifiée à celle, plus impérieuse, des créanciers personnels des associés. Et la jurisprudence a trouvé l'équilibre des intérêts en conflit en atténuant l'idée d'apparence, lorsqu'il s'agit de créanciers sociaux ; elle a dû la supprimer lorsqu'il s'agit d'ayant cause à titre particulier.

Cette explication doit conduire à généraliser les solutions jurisprudentielles et à les appliquer à des hypothèses où la société apparente ne vaut pas comme société de fait. En matière de société fictive notamment, le créancier soi-disant social perdra son droit de préférence sur le pseudo-patrimoine social s'il se trouve en présence de créanciers personnels des associés. Il n'y a pas là une conséquence, comme on l'a soutenu¹, du fait que l'acte apparent est opposable seulement au simulateur, mais bien la conséquence du choix entre deux intérêts légitimes et opposés.

SECTION 3. — L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE

177 — L'exigence d'un élément psychologique se confond avec celle de la bonne foi des tiers. Une personne n'est digne d'être protégée par l'apparence que si cette apparence l'a trompée, autrement dit si elle a ignoré la réalité. A cette condition, on dira que

1. Abeille, *op. cit.*, p. 107.

le tiers est de bonne foi et on lui permettra de se prévaloir de l'élément visible. En matière de société, la bonne foi n'est pas autre chose que l'ignorance de l'inexistence ou de la nullité.

Ici comme ailleurs, la bonne foi se présume. C'est donc à celui qui y trouve son intérêt de prouver la mauvaise foi du tiers. Cette preuve, on le conçoit, est malaisée, car il s'agit d'un simple comportement psychologique : la connaissance personnelle de l'inexistence ou de la nullité. On ne doit pas s'étonner, par conséquent, que la jurisprudence fasse rarement allusion à la notion de bonne foi.

Malgré sa portée pratique limitée, l'élément psychologique doit être étudié, car il constitue le fondement de la protection des tiers. C'est l'erreur de ces derniers qui est protégée, comme nous le verrons d'abord. Nous montrerons ensuite que cet élément psychologique est nécessaire dans toutes les hypothèses de société apparente.

PARAGRAPHE 1. — LA BONNE FOI EST NÉCESSAIRE

A. — *Examen critique des fondements qui dénie l'exigence de la bonne foi.*

La doctrine hésite souvent à invoquer les notions d'apparence et de bonne foi, encore peu consistantes. Elle préfère se reposer sur des bases plus solides, en tâchant de découvrir une réalité qui permette d'expliquer les droits des tiers. Certains auteurs fondent ces droits sur l'existence d'une personnalité morale, en dépit de l'inexistence ou de la nullité de la société. D'autres auteurs soutiennent qu'un lien de droit a réellement pu s'établir entre le tiers et chaque associé. Nous critiquerons successivement ces deux théories.

a) *Le droit des tiers ne se fonde pas sur la personnalité morale de la société apparente.*

178 — Pour les tenants de la première opinion, la société apparente conserve une personnalité morale malgré son inexistence ou sa nullité. La personnalité serait en effet issue de l'élément visible. Si cela était admis, le droit des tiers reposerait sur une base très solide, puisque la société serait réellement existante.

Cette théorie a des variantes. Pour certains¹, c'est la publicité seule qui crée la personnalité morale : les formalités de publicité, destinées à donner à la société une valeur erga omnes, lui confè-

1. Michoud. La théorie de la personnalité morale, I, p. 469. — Thaller et Pic. I, n° 188. — Rousseau (note au S., 29.1.289) fait découler la personnalité des sociétés anonymes des diverses formalités de constitution.

raient par là la personnalité. D'autres sont allés plus loin ; ils ont fait découler la personnalité d'un ensemble d'extériorisations, qui comprendrait non seulement la publicité, mais encore l'activité sociale. Cela revient au fond à nier le concept de société apparente : du fait qu'elle se manifeste, une société serait nécessairement réelle. La bonne foi des tiers ne serait donc aucunement nécessaire, puisqu'un lien de droit a pu véritablement se former entre eux et la société.

179 — La critique de ces conceptions n'est plus à faire¹. Elles reposent principalement sur la constatation que les associations en participation, ne s'extériorisant pas, ne sont pas des personnes morales. Mais, si la personnalité morale exige certainement l'accomplissement d'actes en commun, elle n'exige pas nécessairement la publicité (ainsi les sociétés civiles, qui sont des personnes morales², ne sont pas publiées), et il faut surtout qu'elle repose sur un contrat de société véritable ; une apparence ne saurait à elle seule créer la personnalité morale. Quels seraient les composants de cette personne, quels en seraient les statuts ? Comme le marque Ripert³ la publicité n'est que l'acte de naissance de la personne morale. De même, l'activité sociale n'est que le signe de l'existence de cette personne. Publicité et activité sociale ne créent pas une personne morale, mais une apparence de personne morale⁴.

De telles conceptions sont d'ailleurs en contradiction avec les solutions dégagées par la jurisprudence :

— Si l'on admet que la publicité seule crée la personnalité morale, il faut limiter l'existence de la société aux hypothèses dans lesquelles la publicité a été accomplie. Or la jurisprudence admet que des sociétés nulles faute de publicité peuvent être considérées comme régulières par les tiers.

— Si l'on considère que toute extériorisation est source de personnalité, cela devrait s'imposer à tous. Tous les tiers devraient en tenir compte, même ceux dont l'intérêt serait contraire, comme les créanciers personnels des associés. Or, nous avons vu que la jurisprudence permet à des créanciers personnels de se prévaloir de l'existence ou de la nullité de la société.

Il faut donc abandonner totalement cette idée d'apparence créatrice de personnalité morale et exclusive de tout élément psychologique.

1. Voir notamment : Escarra et Rault, I, n° 44. — Escarra, n° 558.

2. Cette question, jadis débattue, a été tranchée par deux arrêts de la Cour de Cassation : Civ., 23 fév. 1891 (S., 92.1.73, note Meynial). — Req., 2 mars 1892 (S., 92.1.497, note Meynial).

3. Ripert, n° 592.

4. Une conception similaire, tendant à confondre apparence et réalité, se retrouve dans l'adage : « Idem est non esse et non probari ».

b) *Le droit des tiers ne se fonde pas sur la réalité de l'engagement des pseudo-associés.*

180 — Faute de pouvoir considérer la société comme réellement existante, on pourrait être tenté, pour maintenir les rapports juridiques, de les mettre sur la tête des associés personnellement. Des actes ont été accomplis ; ils ne l'ont pas été par la société, puisqu'il n'y a jamais eu de société ; il faut donc qu'ils l'aient été par des personnes réelles qui agissaient sous l'apparence de la société. Ces personnes sont véritablement devenues les débiteurs ou les créanciers des tiers qui croyaient avoir traité avec la société.

Il reste encore à savoir qui sont ces personnes engagées. Pas de difficulté lorsque la société a été simulée pour couvrir les agissements d'une autre personne¹ ; celle-ci est alors tenue, dit Abeille², parce qu'elle s'est obligée personnellement. Lorsque la société est nulle, certains auteurs³ ont soutenu que le gérant, ayant seul traité, serait seul obligé ; d'autres auteurs⁴ considèrent que chaque associé a personnellement contracté l'engagement par l'intermédiaire du gérant.

Toutes ces conceptions aboutissent à supprimer l'exigence de la bonne foi des tiers : la validité ou l'efficacité d'un lien de droit entre deux personnes véritables ne peut dépendre de la connaissance ou de l'ignorance par une de ces personnes de la réalité. Mais ce résultat repose sur une base peu solide : la personne qui agit n'entend pas le faire pour son propre compte, mais bien au nom de la société. Les associés n'ont voulu être obligés qu'à travers la société, et non personnellement. L'obligation qu'on met à leur charge ne peut donc résulter de leur volonté, à moins de déformer cette volonté. Sans doute, un acte a été accompli ; mais, l'ayant été au nom d'une personne inexistante ou nulle, il est nul⁵. On ne saurait lui conférer une existence juridique en l'attribuant à une personne qui n'est pas son auteur. Seule l'apparence créée permet de comprendre que les tiers puissent considérer un tel acte comme valable, s'ils sont de bonne foi.

B. — *La bonne foi, élément de l'idée d'apparence.*

181 — C'est parce qu'ils sont de bonne foi que les tiers peuvent considérer la société comme existante et régulière. La pro-

1. Voir n° 135.

2. Op. cit., p. 195.

3. Cités par Hémar, op. cit., n° 222.

4. Thaller, n° 367. — Lagarde, au RD Sociétés, v° sociétés de fait, nos 84 et s.

5. Voir n° 139.

fection suppose avant tout l'erreur : certaines personnes croyaient traiter avec une société véritable, alors que celle-ci était inexistante ou nulle. Ces personnes sont malgré tout admises à conserver le bénéfice des actes passés. On ne concevrait pas que le même droit soit accordé aux personnes qui connaissent, au moment où elles traitent, l'inexistence ou la nullité de la société. En d'autres termes, il ne suffit pas de l'apparence objective résultant de l'élément visible, mais il faut encore que cette apparence ait entraîné une erreur individuelle. L'idée d'apparence est inséparable de celle de bonne foi.

On pourrait penser à soutenir, il est vrai, que la bonne foi est une prime à la négligence¹. Se contenter, pour protéger les tiers, de leur ignorance de la réalité, n'est-ce pas les inciter à négliger tout effort pour connaître cette réalité ? Ne faudrait-il pas exiger que les tiers, en ignorant inexistence ou nullité, n'aient commis aucune faute ? Ainsi, il se peut qu'un simple examen de la publicité effectuée dévoile une cause de nullité (le caractère illicite de l'objet par exemple) ; si un tiers, s'abstenant de cet examen, a ignoré la nullité et a traité avec la société, il paraît juste de lui refuser protection car, tout en étant de bonne foi au sens strict, il a commis une faute.

Nous convenons de la justesse du résultat, mais nous pensons que le refus de protection ne provient pas dans ce cas d'un défaut d'élément psychologique. Il provient d'un défaut d'élément visible : il n'y a pas d'apparence de validité si la publicité suffit à dévoiler la nullité. Les tiers ne sont protégés que si leur erreur provient de circonstances telles qu'elles auraient pu tromper un individu moyen. Ils ne peuvent être en faute d'ignorer la réalité, du moment que l'inexistence ou la nullité étaient cachées sous une publicité ou sous une activité sociale suffisamment trompeuses. L'élément visible exclut de toute protection les tiers fautifs ; l'élément psychologique exclut les tiers qui connaissent la réalité.

La bonne foi doit par conséquent se manifester au moment où le tiers traite avec la société apparente. Si en effet ce tiers traite sans ignorer l'inexistence ou la nullité de la société, il est censé avoir accepté les risques qui pourront résulter de la déclaration d'inexistence ou de l'annulation, et il est donc mal venu à réclamer protection. Si, par contre, le tiers est de bonne foi, au moment où il entre en rapport avec la société apparente, il mérite protection car son erreur est issue d'un élément visible suffisant. Il mérite protection même si par la suite il a connaissance de l'inexistence ou de la nullité, car cette connaissance intervient trop tard pour l'empêcher de contracter.

1. Hémard, n° 306.

PARAGRAPHE 2. — LA BONNE FOI EST TOUJOURS NÉCESSAIRE.

182 — La protection accordée aux tiers suppose nécessairement que ceux-ci aient ignoré l'inexistence ou la nullité de la société. Cette solution est admise sans difficulté s'il s'agit d'une société fictive, car l'exigence de la bonne foi résulte alors des principes généraux de la simulation. Mais, précisément, la théorie de la simulation n'est pour nous qu'une application particulière de celle de l'apparence ; si, pour la première, on exige la bonne foi, il faut à plus forte raison l'exiger pour la seconde, sans quoi on aboutirait en définitive à créer un bénéfice au profit du simulateur : celui-ci serait à l'abri des recours des tiers de mauvaise foi, alors que l'associé non coupable de simulation ne serait pas à l'abri de tels recours.

Malgré ces raisons, la notion de bonne foi ne paraît pas unanimement admise. Elle est fréquemment déniée en deux matières : dans le cas où l'élément visible résulte d'une publicité trompeuse et dans celui où la société apparente vaut comme société de fait. Nous chercherons à montrer que la bonne foi est nécessaire dans ces hypothèses comme dans les autres.

A. — *Bonne foi et publicité.*

183 — Dans la plupart des cas, l'élément visible résulte d'une publicité trompeuse¹ : une société inexistante ou nulle est publiée comme si elle existait et si elle était régulière. Prouver la mauvaise foi d'un tiers revient donc alors à établir qu'il n'a pas cru à la publicité. Or, la doctrine répugne en général à admettre la possibilité d'une pareille preuve, car celle-ci tendrait à établir l'inefficacité de la publicité.

Certains auteurs, nous l'avons vu², sont allés jusqu'à faire de la publicité la source de la personnalité morale. Cela aboutit évidemment à supprimer l'exigence de la bonne foi : la société publiée est une personne qui s'impose à tous. Cette conception, valable peut-être dans les législations de type germanique, ne correspond pas du tout à nos idées personnalistes : la publicité ne saurait à elle seule créer un droit, elle a seulement pour but d'avertir les tiers.

Mais on pourrait encore songer à supprimer l'exigence de la bonne foi en invoquant le caractère irréfragable de la présomption de connaissance créée par la publicité. Du moment que la société a été publiée comme si elle était existante et régulière, tout le monde est censé connaître cette existence et cette régularité.

1. Voir n°s 153 à 155.

2. Voir n° 178.

La preuve de la mauvaise foi se trouve par conséquent exclue. La publicité, dit-on, est une apparence prévue par le législateur et son but est d'être connue de tous.

184 — Cette conception est erronée, car elle procède d'une affirmation incomplète : la publicité crée une présomption irréfragable de connaissance, mais dans la mesure seulement où elle est conforme à la réalité. Si une société véritable et régulière est publiée, tout le monde est censé connaître cette société, et la preuve contraire n'est pas admise. Mais il en va tout différemment si la société est inexistante ou nulle ; la publicité perd alors son caractère irréfragable et devient une simple apparence semblable aux autres extériorisations. Rien n'empêche donc de prouver que les tiers ont eu, malgré la publicité, connaissance de l'inexistence ou de la nullité de la société.

La bonne foi par conséquent doit être exigée des tiers même dans le cas où l'élément visible résulte de la publicité. C'est ainsi que l'hypothèque consentie par une société nulle mais publiée, a été maintenue par la Cour de Cassation¹ au profit de créanciers « de bonne foi », ce qui exclut nécessairement un pareil maintien au profit de créanciers qui n'ignoraient pas le vice de nullité. Sans doute, la preuve de la mauvaise foi est en cette matière difficile à apporter ; il faut en effet établir que le tiers ne s'est pas laissé leurrer par la publicité et que les éléments extérieurs lui ont donné une connaissance personnelle de la réalité. Mais la bonne foi a une grande importance théorique, car c'est elle qui fonde le droit des tiers.

B. — Bonne foi et société de fait.

185 — La notion de bonne foi a encore été déniée dans le cas où la société apparente vaut comme une société de fait, c'est-à-dire lorsqu'elle est nulle de nullité relative ou pour vice de constitution.

Hémar², pour qui les sociétés de fait sont dotées de la personnalité morale, en déduit logiquement qu'elles s'imposent à tout le monde et que les tiers, ayant traité avec une personne réelle, conservent le bénéfice de leurs actes, qu'ils connaissent ou qu'ils ignorent le vice de nullité ; l'effet rétroactif de la nullité est donc supprimé, celle-ci agit à la manière d'une dissolution. Lorsqu'en revanche la société apparente ne vaut pas comme société de fait (inexistence ou nullité absolue), cet auteur³ admet très bien que

1. Req., 19 mars 1946 (JCP., 46-II-3125, note Becque).

2. Op. cit., n° 306. Le raisonnement est en somme analogue à celui qui considère la publicité comme la source de la personnalité morale. V. n° 178 et n° 183.

3. Op. cit., n° 52.

les tiers de mauvaise foi restent sans protection. Une telle distinction s'impose en effet si l'on tient les sociétés de fait pour des personnes morales. Mais telle n'est pas la conception actuelle qui permet à certains tiers d'invoquer les conséquences de la nullité.

186 — On pourrait cependant, sans adopter les thèses d'Hémar, nier l'exigence de la bonne foi en matière de société de fait ; il est admis que dans cette hypothèse la nullité laisse intact le contrat entre associés¹, ce qui permet de liquider entre eux selon les statuts ; n'est-ce pas aussi en vertu de ce contrat que la société de fait conserve ses effets à l'égard des tiers ? S'il en était ainsi, la bonne ou la mauvaise foi importerait peu au maintien des actes passés avec la société, puisque ce maintien serait exigé par la réalité du contrat de société.

Nous pensons qu'il y a là une confusion. Le contrat, certes, existe malgré la nullité. Mais ce contrat ne saurait avoir d'effet qu'entre les associés, pour régler le partage. A l'égard des tiers, il n'a par lui-même pas plus d'effet qu'un contrat ordinaire, il est impuissant à créer des droits à leur profit, sinon par le canal de la personnalité morale. Cette personnalité étant rejetée, il faut nécessairement trouver autre chose pour fonder le maintien des actes passés avec la société ; c'est pour nous la bonne foi, à défaut de laquelle les tiers ne sauraient se prévaloir de l'existence d'une société de fait.

187 — Malgré ces raisons, on a quelquefois invoqué un argument de texte pour rejeter l'exigence de la bonne foi en matière de société de fait : la loi de 1865 dispose que la nullité pour vice de constitution (art. 7 et 24) ou pour défaut de publicité (art. 58) ne peut être opposée aux tiers par les associés, et ne fait aucune distinction entre les tiers de bonne foi et ceux de mauvaise foi. Se référant à ces textes, la Cour de Cassation² a, dans un arrêt ancien, déclaré la nullité inopposable à des tiers qui en avaient connu la cause (seuls les tiers coupables de fraude étant exclus de la protection).

Ces arguments ne nous convainquent pas. On peut d'abord remarquer que les textes invoqués ne concernent pas toutes les catégories de sociétés de fait, et notamment pas les cas de nullité relative. On serait bien mal venu à généraliser par analogie l'application des textes en question par un raisonnement construit sur la lettre de la loi. Même si l'on s'en tient aux nullités pour vice de constitution ou pour défaut de publicité, l'argument de texte est de peu de poids : de l'absence des mots « bonne foi » on ne peut déduire que le législateur a voulu conférer aux sociétés nulles une

1. Voir n° 150.

2. Civ., 25 fév. 1885 (D., 85.1.404).

validité à l'égard de tous les tiers. Sur quoi reposerait une telle dérogation aux principes des nullités ? On invoque souvent la faute commise par les associés. Mais on peut d'abord répondre que le défaut de publicité ou le vice de constitution ne résulte pas nécessairement d'une faute de tous les associés. Et surtout, une faute ne peut fonder une obligation que si elle constitue la cause d'un dommage ; or, en quoi des tiers, au courant de la cause de nullité peuvent-ils subir un dommage du fait de la découverte de cette nullité ?

C'est pour nous la bonne foi des tiers qui seule permet de comprendre l'inopposabilité de la nullité par les associés. Cette bonne foi est nécessaire en matière de société de fait comme dans toutes les autres hypothèses de société apparente.

CHAPITRE III

AUTRES HYPOTHÈSES D'APPARENCE SUBSTITUÉE A LA RÉALITÉ

188 — Le domaine de l'apparence substituée à la réalité est loin de se limiter à la matière du mandat et à celle de la société. Ce domaine est en effet susceptible de recouvrir toutes les hypothèses dans lesquelles la bonne foi des tiers risque d'être surprise par une réalité cachée différente de l'élément visible. C'est dire qu'il est impossible de dresser une liste exhaustive des hypothèses dans lesquelles l'idée d'apparence se trouve appliquée. Tout ce que l'on peut faire, c'est énumérer, à côté du mandat et de la société, quelques typiques dans lesquels l'apparence se substitue à la réalité en droit commercial.

Une hypothèse a donné lieu à de nombreuses applications dans des domaines divers ; c'est celle où une personne est en apparence associée en nom. Nous énumérerons quelques autres hypothèses dans le paragraphe suivant.

PARAGRAPHE 1. — PERSONNE APPAREMMENT ASSOCIÉE EN NOM

189 — On sait que, dans les sociétés de personnes, les associés en nom sont indéfiniment responsables des engagements sociaux. La personnalité de la société est mal dégagée de celles des associés¹, que les tiers connaissent individuellement. Il est possible qu'une personne, connue par les tiers pour être associé en nom, ne le soit pas en réalité. Il y a donc une apparence : les tiers de bonne foi méritent protection : ils peuvent considérer l'associé apparent comme engagé envers eux de la même façon qu'un associé en nom.

Une telle solution se rencontre de façon générale lorsque la raison sociale comporte le nom d'une personne qui n'est pas associée.

1. Ripert, n° 614.

Elle se rencontre dans les matières spéciales de la société en commandite et de la société en participation lorsqu'un commanditaire ou un participant s'immisce dans la gestion.

A. — *Nom faussement porté sur la raison sociale.*

190 — Nous avons vu¹ que la raison sociale est la marque de l'engagement de la société. Mais elle est aussi, du même coup la marque de l'engagement des associés en nom : les tiers savent que toutes les personnes dont le nom figure sur la raison sociale sont indéfiniment responsables des engagements de la société². L'idée d'apparence trouve naturellement à s'appliquer lorsque la raison sociale comporte le nom d'une personne qui n'est pas réellement associée en nom.

Les règles de l'apparence s'appliquent pleinement dans le cas où le nom faussement mentionné est celui d'un commanditaire. L'art. 25 c. com. interdit une telle mention, et la jurisprudence assimile cette hypothèse à celle de l'immixtion : les tiers, à la vue de la raison sociale, peuvent considérer le commanditaire comme indéfiniment responsable et peuvent même lui étendre la faillite sociale³. Mais cette solution ne peut à notre avis jouer que si les tiers ont effectivement ignoré la qualité du commanditaire, et la volonté de celui-ci de ne pas s'engager indéfiniment. Ne méritent en effet aucune protection, les personnes qui en contractant avec le gérant, savaient que l'un des noms figurant sur la raison sociale était celui d'un commanditaire. La preuve de la mauvaise foi doit incomber au commanditaire poursuivi.

La jurisprudence applique les mêmes solutions à l'ancien associé qui laisse son nom figurer sur la raison sociale. Comme le marque un arrêt de la Cour de Besançon⁴, « l'apparence sera d'autant » plus forte que l'un des noms composant la raison sociale sera « celui d'un ancien associé ». Les tiers, habitués à considérer telle personne comme indéfiniment responsable des engagements sociaux, méritent la protection de l'apparence si le départ d'un associé en nom n'est pas reflété par une modification de la raison sociale. L'ancien associé reste donc indéfiniment responsable pour les dettes sociales nées après son départ de la société, et la faillite de la société peut entraîner sa faillite personnelle⁵. Il doit en être ainsi même si le départ de l'associé a été régulièrement

1. Voir nos 110 à 112.

2. L'inverse n'est pas vrai : certaines personnes peuvent être indéfiniment responsables bien que leur nom ne figure pas sur la raison sociale. Cette dernière se termine alors par les mots « et Cie ».

3. Lyon, 29 nov. 1893 (Mon. jur., Lyon, 10 mai 1894).

4. Besançon, 12 mai 1899 (D., 1900.2.215).

5. Besançon, 12 mai 1899 (préc.). T. Com. Marseille, 28 avril 1904 (R. des S., 05.81). Si le départ de l'associé résulte de son décès, ce sont ses héritiers qui restent engagés. V. Bordeaux, 18 nov. 1907 (S., 08.2.295).

publié, car l'élément visible issu de la raison sociale prime certainement celui qui naît de la publicité ; le premier satisfait beaucoup mieux que le second les exigences de rapidité¹. L'ancien associé pourrait en revanche se décharger en prouvant que le tiers connaissait son départ de la société.

191 — Lorsque le nom faussement mentionné dans la raison sociale est celui d'un tiers, la jurisprudence éprouve plus de répugnance à dégager toutes les conséquences de l'apparence. Alors en effet qu'un commanditaire ou qu'un ancien associé ne sont jamais étrangers entièrement à l'usage qui est fait de leur nom, il en est autrement pour la personne qui n'a jamais eu aucun rôle dans la société. N'est-il pas injuste de considérer cette personne comme indéfiniment engagée par les dettes sociales ?

Pour pallier cette injustice, la jurisprudence, fidèle à son explication traditionnelle², invoque l'idée de faute ; seules seraient responsables les personnes qui connaissent l'abus fait de leur nom ou même celles qui, l'ignorant, ont commis une négligence coupable³. Seraient par contre dégagés de toute responsabilité, les personnes qui n'ont à se reprocher aucune faute en ce qui concerne l'insertion de leur nom dans la raison sociale⁴. Se fondant sur l'art. 1382, la jurisprudence est amenée à exiger un lien de causalité entre la faute et le dommage : les tiers qui ont traité avec la société doivent établir que la présence dans la raison sociale du nom de la personne non associée les a déterminés à contracter⁵. De plus, dans cette conception, la personne dont le nom a été usurpé n'est pas considérée comme associée et ne peut donc encourir la faillite sociale⁶.

Pas plus ici qu'ailleurs⁷, l'idée de faute n'explique rien. C'est une pure satisfaction verbale de dire qu'une personne est en faute parce qu'elle a laissé abuser de son nom. Pour nous, l'explication de son engagement se trouve dans la nécessité de protéger les tiers trompés par l'apparence. Le faux associé court un risque en laissant son nom à la disposition du public ; il doit donc être traité par les tiers de bonne foi comme s'il était réellement associé. Seule doit être déchargée de toute obligation la personne qui n'a pas couru le risque, c'est-à-dire celle qui est absolument étrangère à l'usage fait de son nom.

Cette explication devrait conduire d'une part à étendre la faillite sociale à l'associé apparent, solution qui ne paraît encore admise

1. Voir n° 35.

2. Voir n° 9.

3. Escarra et Rault, I, n° 209.

4. Houpin et Bosvieux. — Derrida, au RD Sociétés, v° nom collectif, n° 43.

5. T. Com. Marseille, 24 nov. 1897 (R. des S., 98.489).

6. Bordeaux, 18 nov. 1907 (S., 08.2.295).

7. Voir nos 9 et 56.

que pour l'associé de fait, c'est-à-dire pour la personne qui a véritablement participé à la vie de la société¹. Nous aboutissons d'autre part à décharger l'associé apparent de toute responsabilité s'il fait la preuve que le tiers connaît, en traitant avec la société, la fausseté de la raison sociale².

B. — *Commanditaire qui s'immisce dans la gestion de la société.*

192 — Dans les sociétés en commandite simple comme dans celles en commandite par actions, les commanditaires ne sont engagés que dans la limite de leur apport. En contre-partie, l'art 27 du c. com. leur interdit de faire aucun acte de gestion, même en vertu d'une procuration. Si, par conséquent, un commanditaire méprise cette interdiction, les tiers risquent de le prendre pour un commandité, responsable indéfiniment des dettes sociales. L'art. 28 c. com., consacrant l'idée d'apparence, décide qu'en cette hypothèse le commanditaire est obligé de la même façon qu'un associé en nom. Nous chercherons d'abord à montrer que seule l'apparence permet d'expliquer cette solution. Nous tirerons ensuite les conséquences qui découlent de ce fondement.

a) *Fondement de la sanction de l'immixtion.*

193 — Une théorie³, maintenant abandonnée, voyait dans l'interdiction faite au commanditaire de s'immiscer, une mesure de protection en faveur de la société et, partant, des autres associés : les commanditaires, ne risquant que leur mise, seraient portés à engager la société dans des spéculations aventureuses ; le but de l'art. 28 serait d'éviter ce danger. Cela aurait pour résultat d'interdire non seulement les actes de gestion externe, c'est-à-dire ceux qui mettent le commanditaire en rapport avec les tiers, mais encore les actes de gestion interne, c'est-à-dire ceux qui se déroulent à l'intérieur de la société. Une telle opinion ne peut plus être soutenue en face d'une jurisprudence unanime⁴ qui interdit aux commanditaires seulement les actes de gestion externe, suivant en cela un avis interprétatif rendu par le Conseil d'Etat le 20 avril 1809.

1. Alger, 10 fév. 1894 (J. Trib. Alger, 22 avril 1894). Entre l'associé apparent et l'associé de fait existent les mêmes rapports, mutatis mutandis, qu'entre la société apparente et la société de fait. Voir n° 129.

2. Cette condition ne se confond pas avec celle, exigée par la jurisprudence, du lien de causalité, car un tiers peut avoir ignoré la fausseté de la raison sociale sans pour cela avoir été déterminé à traiter par la présence du nom litigieux.

3. Lyon-Caen et Renault, II, n°s 487 et 496.

4. Voir la jurisprudence citée n° 196.

La doctrine¹ explique dont l'interdiction de l'art. 27 par l'intérêt des tiers : ceux-ci doivent pouvoir distinguer sans équivoque les associés indéfiniment responsables de ceux qui ne le sont pas.

194 — Mais, pour autant, l'apparence n'est pas unanimement assignée comme fondement à la sanction de l'art. 28. On ne s'étonnera pas de retrouver ici l'idée de faute : le commanditaire devrait réparation de la faute qu'il a commise en s'immisçant dans la gestion. Nous avons déjà dit² ce qu'il fallait penser d'une telle explication, d'autant plus inutile ici que l'engagement du commanditaire résulte d'un texte formel. D'autres théories ont été avancées : pour certains, l'art. 28 créerait une déchéance, une espèce de peine civile ; pour d'autres, ce texte établirait une présomption que le commanditaire renonce à sa qualité. Mais ces théories se contentent de constater les résultats (l'obligation indéfinie du commanditaire qui s'immisce), sans expliquer ce résultat.

A notre avis, l'art. 28 applique à une hypothèse particulière les règles de l'apparence. Le commanditaire qui, aux yeux des tiers, agit comme le ferait un commandité, doit être placé à l'égard des contractants de bonne foi dans la situation d'un associé en nom : il doit répondre indéfiniment des dettes sociales. La qualité de commanditaire (élément caché) doit s'effacer devant la qualité apparente de commandité (élément visible) à l'égard des tiers qui ont cru traiter avec un associé en nom (élément psychologique).

195 — Contre la notion d'apparence, on pourrait songer à soutenir que la réalité n'est pas véritablement cachée, puisque la qualité de commanditaire résulte d'une part de l'absence dans la raison sociale du nom de la personne qui s'immisce, d'autre part de la publicité du pacte social. Contre le premier argument, on répond facilement que la liste des noms portés sur la raison sociale n'est pas exhaustive, elle peut se terminer par les mots : « ... et Cie ». Le second argument paraît avoir plus de poids : les tiers, en se reportant aux statuts publiés, peuvent toujours connaître la véritable qualité de la personne avec laquelle ils contractent ; dès lors, peut-on logiquement parler d'apparence ? En réalité, nous retrouvons ici l'insuffisance, bien souvent constatée³, de la publicité commerciale. Comme le remarque Escarra⁴, « les tiers ne peuvent être raisonnablement présumés passer leur

1. Escarra et Rault, I, n° 331. — Demogue. Du droit du contrôle du commanditaire (Ann. de droit comm., 1901.121). — Pic. La défense de l'immixtion du commanditaire dans la gestion de la société et la crise actuelle (DH. 33, chr. 21). — Derrida. V° Commandite simple au RD. Sociétés, n° 83.

2. Voir nos 9 et 56.

3. Voir n° 35.

4. Escarra, n° 681.

» temps à fréquenter les greffes ou à dépouiller les journaux » d'annonces légales ». L'apparence qui résulte de l'immixtion du commanditaire doit l'emporter sur celle qui résulte de la publicité, car la première se présente aux tiers sans aucune recherche de leur part, alors que la seconde nécessite des investigations incompatibles avec la rapidité des affaires. En d'autres termes, l'erreur des tiers ne cesse pas d'être légitime du fait que la publicité a été accomplie.

Devant l'impossibilité de nier l'existence d'un élément caché, on pourrait se placer sur le plan de l'élément visible, et tenir le raisonnement suivant : si l'acte d'immixtion crée une apparence d'associé indéfiniment responsable, il doit la créer à propos de n'importe quelle personne accomplissant un tel acte. Comment expliquer, dès lors, que la loi limite la responsabilité indéfinie au seul commanditaire ? Pourquoi ne l'étend-elle pas au tiers qui s'immisce ? L'objection n'est pas irréfutable¹ : dans le cas où la personne qui s'immisce est elle-même un associé, l'élément visible est beaucoup plus déterminant, car il est de nature à provoquer dans l'esprit du public un malentendu sur la nature de son droit dans la société. S'il s'agit, par contre, d'un tiers qui s'immisce, pareil malentendu ne peut se produire ; dans ce cas d'immixtion seule ne saurait créer un élément visible, il faut aussi que le nom de la personne étrangère à la société figure sur la raison sociale².

b) Conséquences de la sanction de l'immixtion.

196 — Etant admis que l'art. 28 c. com. consacre l'idée d'apparence, nous allons constater que les conséquences de cette idée se confondent avec celles que la jurisprudence tire de l'immixtion du commanditaire.

D'abord, ce commanditaire ne saurait être indéfiniment responsable que si un élément visible a été créé. Pour cette raison, la jurisprudence limite la portée des art. 27 et 28 aux actes de gestion externe, c'est-à-dire ceux par lesquels le commanditaire se présente aux yeux des tiers comme un associé indéfiniment responsable³ : il en est ainsi des achats et des ventes, des signatures d'effets de commerce, de la participation à un acte passé avec les tiers par le gérant véritable, etc... Le commanditaire peut en revanche accomplir des actes de gestion interne qui, ne sont pas susceptibles de créer une apparence aux yeux des tiers ; tels sont les avis et les conseils, le contrôle et la surveillance, les décisions relatives à l'organisation interne de la société, les contrats passés avec celle-ci, etc...

1. Escarra, loc. cit. — Pic, chronique citée, p. 22.

2. Voir n° 191.

3. Cass., 7 août et 30 déc. 1907 (D., 07.1.463).

Mais l'élément visible, quand il existe, peut être plus ou moins important suivant le nombre et la gravité des actes de gestion externe accomplis par le commanditaire. S'il s'agit d'un acte isolé, seul le tiers partie à cet acte est victime de l'apparence. Si, par contre, le commanditaire s'immisce de façon générale et permanente dans la gestion externe, l'ensemble du public risque d'être trompé par l'apparence. Aussi, depuis 1863, l'art 28 laisse aux tribunaux le soin de doser la sanction. Celle-ci peut aller depuis l'assimilation complète du commanditaire à un associé indéfiniment responsable, assimilation comportant notamment l'attribution de la qualité de commerçant et la possibilité de la faillite, jusqu'au simple engagement indéfini envers le tiers qui a été partie à l'acte isolé d'immixtion. Ainsi, à chaque degré d'élément visible, les juges peuvent faire correspondre la solution dictée par l'apparence.

Enfin, l'application de l'idée d'apparence suppose un élément psychologique : pour que le commanditaire soit indéfiniment engagé, il ne suffit pas qu'il ait accompli un acte d'immixtion susceptible de tromper les tiers, il faut encore que ceux-ci aient été effectivement trompés. La jurisprudence¹ exclut logiquement de toute protection le tiers dont le commanditaire établit la mauvaise foi. Un commanditaire qui traite avec un tiers au nom de la société a donc intérêt à prévenir son co-contractant de sa qualité véritable, ce qu'il peut faire notamment en mentionnant celle-ci sur l'acte : le tiers est alors de mauvaise foi et ne peut plus compter sur la responsabilité indéfinie du commanditaire qui s'immisce.

C. — *Participant qui se dévoile aux tiers.*

197 — Il serait inexact, comme nous l'avons dit², de considérer que le principe de la société en participation est une application de la théorie de l'apparence, car ce principe découle de l'intention des participants et non de la protection des tiers de bonne foi. Mais l'apparence reprend ses droits dans l'hypothèse exceptionnelle où le comportement d'une personne n'est pas conforme à sa qualité de participant ; cette personne est alors engagée si les tiers ont pu légitimement croire qu'elle garantissait l'exécution des engagements contractés par le gérant³.

L'élément caché consiste dans l'intention du participant de ne pas s'engager dans l'acte conclu par le gérant. Cette intention est indispensable à l'application en cette matière de l'idée d'apparence, car, si elle n'existe pas, le participant est engagé en vertu de

1. Req., 9 juillet 1891 (S., 93.1.173). — Req., 7 août 1907 (D., 07.1.463).

2. Voir n° 42.

3. Escarra et Rault, I, n° 493. — Civ., 8 juin 1912 (S., 13.1.32). — Civ., 31 mars 1936 (D.H., 36.300). — Civ., 4 mai 1939 (GP., 39.2.295).

sa volonté et non en vertu de l'apparence, et il l'est donc envers tous les tiers, même envers ceux qui connaissaient, en contractant, l'existence de la prétendue association en participation ; dans une telle hypothèse, la société est mal qualifiée et se trouve en réalité être une société en nom collectif¹. La théorie de l'apparence s'applique en revanche lorsque plusieurs personnes entendent véritablement former une association en participation, mais c'est cette volonté sous un élément visible contraire.

198 — Cet élément visible peut se concevoir à des degrés divers :

— Ou bien c'est l'ensemble de la participation qui perd son caractère occulte et qui revêt de ce fait une apparence de société en nom collectif. Les tiers peuvent alors agir contre tous les participants, car ils ont pu légitimement croire que ceux-ci étaient des associés en collectif². La divulgation résulte au premier chef de l'emploi, par le gérant, d'une raison sociale. Elle peut aussi découler de la prise de qualité d'associé par tous les participants, d'actions en justice intentées au nom de la société, de l'établissement de factures au nom de tous les associés, de l'accomplissement de formalités de publicité³, etc... Dans chacune de ces hypothèses, il faut distinguer entre les créanciers antérieurs à la divulgation et ceux postérieurs : ces derniers seuls peuvent agir contre les participants, puisqu'ils sont les seuls à avoir été trompés par l'apparence⁴.

— Ou bien l'un des participants ou quelques uns d'entre eux prennent seuls l'apparence d'associés indéfiniment responsables, en s'immisçant dans la gestion de la participation. Cette hypothèse est traditionnellement rapprochée de l'interdiction d'immixtion faite au commanditaire : comme ce dernier, le participant qui s'immisce est tenu envers les tiers de bonne foi⁵. L'apparence, lorsqu'elle ne concerne pas l'ensemble de la participation, ne saurait produire d'effet contre les participants qui ne se sont pas dévoués. Le participant obligé est celui qui a traité directement avec les tiers, celui qui a indiqué la qualité d'associé dans un acte passé par le gérant, ou celui qui a multiplié les actes susceptibles de lui donner l'apparence du maître de l'affaire (engagement ou congédiement d'un ouvrier, fixation des salaires, surveillance des

1. Il s'agit le plus souvent d'une société de fait, car la nullité résulte de l'absence de publicité.

2. En revanche, l'apparence ne saurait porter préjudice aux tiers : la divulgation ne confère pas à l'association en participation le droit d'agir en justice. Civ., 15 oct. 1940 (D., 40.8).

3. Req., 23 juillet 1877 (D., 78.1.88). — Civ., 15 oct. 1940 (préc.). — Com., 21 nov. 1949 (JCP., 50-II-5339, note Bastian). — Com., 4 fév. 1958 (D., 58.J.617, note Noirel).

4. Voir note Noirel (préc.).

5. Cette solution s'impose d'autant plus que, à la différence de la commandite, les tiers ne disposent d'aucune publicité légale pour se renseigner sur la qualité véritable de la personne qui s'immisce.

travaux, etc...). Suivant le nombre et la gravité des actes accomplis, le participant est tenu envers le seul tiers partie à l'acte d'immixtion ou envers l'ensemble des créanciers de la participation.

199 — Enfin, qu'il s'agisse de la divulgation de l'ensemble de la participation ou de l'immixtion d'un participant, l'application de la théorie de l'apparence suppose un élément psychologique¹ ; les tiers ne peuvent agir contre le (ou les) participant que s'ils sont de bonne foi. C'est au participant poursuivi d'établir la mauvaise foi du tiers. Il ne suffit pas de prouver que ce dernier connaissait, en contractant, l'existence de la société en participation ; il faut encore montrer qu'il était au courant de l'intention du participant de ne pas s'engager personnellement². Cette intention constitue en effet l'élément caché derrière l'apparence d'associés indéfiniment responsables, et c'est l'ignorance de cet élément caché qui constitue la bonne-foi.

PARAGRAPHE 2. — CAS DIVERS D'APPARENCE SUBSTITUÉE A LA RÉALITÉ

A. — *Destinataire apparent d'une marchandise.*

200 — Supposons qu'un tiers soit devenu débiteur d'une personne qui paraissait agir pour son propre compte, mais en réalité, agissait pour le compte d'un mandant. Les règles de l'apparence n'ont pas reçu en cette matière d'application généralisée, car les tiers n'en retirent le plus souvent aucun bénéfice. Il leur est indifférent de subir en vertu de la réalité, le recours du mandant, plutôt que de subir, en vertu de l'apparence, celui du mandataire³.

Dans une matière, pourtant, celle des transports de marchandises, les tiers ont intérêt à repousser l'action du mandant, en raison des prescriptions abrégées prévues en matière de transport maritime par l'art. 433 c. com. et l'art. 8, al. dernier de la loi du 2 avril 1936, (3-6° de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924). Le transporteur est responsable des avaries, pertes ou retards, mais l'expéditeur ou le destinataire ne peut agir contre lui que pendant un délai d'un an. Si, par conséquent, le destinataire apparent est en réalité un mandataire, le transporteur, atta-

1. Cette exigence résulte notamment des termes de l'arrêt de la Cour de Cassation du 21 nov. 1949 (préc.) : les participants sont engagés « si les tiers n'ont pas vu que le pacte social avait limité la responsabilité des associés à leurs apports ». Voir note Bastian (préc.).

2. On peut concevoir une participation dans laquelle certains participants consentent exceptionnellement à garantir les obligations du gérant.

3. Dans certaines hypothèses exceptionnelles le tiers peut cependant avoir intérêt à repousser l'action du mandant. Ainsi, dans le cas où le tiers pourrait opposer une exception au mandataire (compensation notamment). Il faudrait alors, à notre avis, permettre au tiers de bonne foi d'invoquer l'apparence.

qué par le mandant, a intérêt à invoquer l'apparence pour repousser l'action de ce destinataire réel, car la brièveté du délai lui laisse une chance de rester définitivement à l'abri de tout recours. Pareil intérêt ne se retrouve pas lorsque la prescription est trentenaire puisque, en repoussant l'action du mandant, le tiers ne se dérobe pas à celle du mandataire.

201 — En matière de transport terrestre interne, l'apparence invoquée par le transporteur est une apparence matérielle. Le juge prend en effet en considération toutes sortes de circonstances pour décider si les éléments de l'apparence sont réunis. L'élément visible résulte non seulement de la mention du nom du mandataire sur le titre de transport, mais encore de la nature des marchandises, des inscriptions portées sur les emballages, du mode d'expédition¹, etc... Le transporteur, tiers au contrat du mandat, peut repousser l'action du mandant si l'examen détaillé de la situation a pu légitimement l'induire en erreur. Les règles de l'apparence ne peuvent s'appliquer si le mandat n'est pas occulte², si par exemple le nom du mandant, destinataire réel, est mentionné sur les emballages, car l'erreur commise par le transporteur n'est plus légitime.

Pour être placé sous la protection de l'apparence, le transporteur doit s'être effectivement trompé. C'est au mandant, de prouver que le transporteur savait que le destinataire apparent était en réalité un mandataire du destinataire véritable.

202 — En matière de transports internationaux et de transports maritimes, il ne s'agit plus d'une apparence matérielle, mais d'une apparence formaliste. L'expéditeur et le destinataire, demeurant dans les lieux très éloignés, sont plus difficiles à individualiser et le transporteur ne peut plus se fier à des circonstances de fait, trop imprécises. L'élément visible résulte donc exclusivement des mentions portées sur le titre (lettre de voiture³ ou connaissance⁴).

Il faut cependant signaler un arrêt aberrant⁵, rendu en 1951, dans lequel la Cour de Cassation refuse au transporteur maritime le droit de repousser l'action du destinataire réel, au motif que le nom de ce dernier figurait sur les caisses contenant la marchandise ; c'est là revenir à la notion d'apparence matérielle, puisque la mention du nom d'une personne sur le titre ne suffit plus à faire de cette personne un destinataire apparent. Mais la Cour de Cassation a peut-être voulu seulement établir la mauvaise foi du transporteur, nécessaire dans l'apparence formaliste comme dans l'ap-

1. Com., 18 oct. 1905 (D., 09.1.128).

2. Req., 6 nov. 1912 (D., 13.1.515).

3. Paris, 5 nov. 1952 (JCP. 53.II.7496). — Civ., 16 juin 1954, cité par J. C. Comm., art. 96 à 108, n° 14. — Paris, 13 fév. 1956 (JCP., 56.I.9371, note Durand).

4. Com., 5 nov. 1951 (DMF., 52.153). — Bertrand de La Grassière. Article dans l'Informateur maritime, 9 et 16 juin 1952.

5. Com., 6 nov. 1951 (DMF., 52.136).

parence de fait. En tous cas, de nombreux arrêts postérieurs¹ posent de façon très nette que seule peut agir contre le transporteur la personne désignée sur le connaissance.

B. — *Propriétaire apparent d'un fonds de commerce.*

203 — Les propriétaires de fonds de commerce qui désirent se livrer à des spéculations aventureuses sans risquer de perdre leur fonds mettent celui-ci à l'abri des recours formés par leurs créanciers en créant une apparence de propriété au profit d'une personne complaisante. Cette situation peut donner lieu à l'application de la théorie de l'apparence, les tiers de bonne foi ayant le droit de poursuivre sur le fonds de commerce l'exécution des dettes contractées par le propriétaire apparent ; c'est donc finalement le véritable propriétaire qui supporte les conséquences de la simulation dont il s'est rendu coupable.

204 — L'élément caché varie avec les procédés employés par le simulateur. La jurisprudence offre deux exemples typiques :

— Le véritable propriétaire peut conférer un mandat occulte à une personne qui, aux yeux des tiers, est censée agir en son propre nom. Il y a alors une convention de prête-nom qui, étant dirigée contre les tiers, permet à ces derniers de se prévaloir de l'apparence². Il s'agit quelquefois d'un époux qui consent à prêter son nom à son conjoint pour tromper les tiers sur leur solvabilité respective³. Il s'agit d'autre fois de co-indivisaires qui, propriétaires d'un fonds, laissent volontairement l'un d'eux gérer publiquement ce fonds, en son nom personnel, en vertu d'un mandat dont ils laissent ignorer l'existence aux tiers⁴. Il faut admettre, de façon générale, que les tiers de bonne foi ont le droit de poursuivre sur le fonds l'exécution des conventions passées avec la personne qui, propriétaire apparent, était en réalité le prête-nom du véritable propriétaire.

— Un autre procédé destiné à tromper les tiers sur la propriété du fonds de commerce consiste à opérer une vente fictive. La Cour

1. Civ., 20 oct. 1954 (DMF., 55.76, note Bertrand de La Grassière). Civ., 23 juin 1958 (DMF., 58.657, note Ph. C. A.). Ce dernier arrêt va plus loin, puisqu'il semble admettre que le destinataire réel est privé de toute action même si le transporteur est de mauvaise foi, c'est-à-dire si ce transporteur connaît l'identité du véritable destinataire. C'est là dépasser les conséquences de l'idée d'apparence.

2. Voir n° 41.

3. Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle dans laquelle l'un des époux s'immisce dans le commerce de l'autre. La qualité de commerçant reconnue alors au premier résulte de la réalité des actes accomplis et non de l'apparence de propriété du fonds. V. notamment : Req., 24 fév. 1925 (S., 27.1.101). — Colmar, 16 fév. 1935 (GP., 37.1.725).

4. Paris, 29 mars 1958 (D., 58.1.679). On peut remarquer que cet arrêt n'hésite pas à citer l'adage « error communis... ».

de Lyon a récemment connu une affaire dans laquelle une femme avait abandonné apparemment à son mari une partie de son négoce, à dessein de faire croire à l'existence de deux commerces distincts et de tromper éventuellement les tiers ; les deux époux ont été déclarés solidairement responsables, ce qui permit aux créanciers du mari de compter dans leur gage le fonds, propriété apparente de leur débiteur

205 — Le contenu de l'élément visible permet de distinguer cette hypothèse, dans laquelle les tiers croient traiter avec un propriétaire de fonds de commerce, de celle où ils croient traiter avec un mandataire du propriétaire¹. Dans cette dernière hypothèse, les tiers connaissent la personnalité du véritable propriétaire, inscrit comme tel au registre du commerce, mais prennent son gérant libre pour un gérant salarié, ce qui leur permet d'agir contre le propriétaire, et donc de comprendre le fonds dans leur gage. Ici, en revanche, les tiers ne connaissent pas le véritable propriétaire, car ce n'est pas lui qui est inscrit au registre du commerce, c'est le prête-nom ou l'acquéreur fictif. L'élément visible résulte de cette inscription et, accessoirement, du papier commercial à l'en-tête du propriétaire apparent, de factures établies à son nom, de marchandises expédiées à son nom, etc... C'est donc avec un propriétaire que les tiers ont cru traiter, et non avec un mandataire de ce propriétaire ; si, dès lors, ces tiers peuvent compter dans leur gage le fonds de commerce, c'est parce que celui-ci fait partie du patrimoine apparent de leur débiteur. Le véritable propriétaire ne supporte donc le recours des créanciers du propriétaire apparent que sur le fonds de commerce.

206 — Le droit des tiers de poursuivre leur débiteur sur le fonds de commerce suppose l'existence d'un élément psychologique : le propriétaire véritable peut se dégager en prouvant que le tiers connaissait, en contractant avec le propriétaire apparent, le défaut de droit de ce dernier. Alors, en effet, ce tiers n'a pas pu espérer compter dans son gage le fonds de commerce, puisqu'il savait que ce fonds n'entrait pas dans le patrimoine de son co-contractant.

C. — *Biens apparemment compris dans le nantissement du fonds de commerce.*

207 — Le nantissement d'un fonds de commerce porte sur le matériel et l'outillage si les parties l'ont expressément indiqué (loi de 1909, art. 9, al. 4). Après quelques hésitations², la juris-

1. Voir n^{os} 62 et s.

2. T. Com. Lyon, 30 juin 1915 (D., 15.2.95). — T. Com. Marseille, 22 juillet 1912 (D., 14.2.95). — Bourges, 5 nov. 1913 (D., 14.2.142).

prudence¹, approuvée par la doctrine², se contente d'une indication globale, sans exiger l'énumération détaillée de tous les objets composant le matériel ou l'outillage. Dans le cas où cette énumération n'est pas faite et où seule figure sur l'acte constitutif et sur le bordereau d'inscription la mention « matériel », l'idée d'apparence peut trouver à s'appliquer au profit du créancier nanti.

Celui-ci, en effet, a le droit de compter dans son gage tous les biens qui paraissent composer le matériel du fonds de commerce. La jurisprudence³ lui permet de le faire dans le cas où l'apparence ne correspond pas à la réalité, c'est-à-dire lorsqu'un de ces biens n'appartient pas au propriétaire du fonds de commerce. Il est en effet possible que ce dernier détienne certaines parties de son matériel en vertu d'un prêt, d'un louage, d'un dépôt, ou de tout autre contrat qui ne transfère pas la propriété. Le créancier nanti est un tiers à ce contrat, il peut donc se fonder sur l'élément visible né de la présence du bien dans le fonds⁴ pour exercer son gage sur ce bien.

L'application de l'apparence suppose aussi l'existence d'un élément psychologique : le créancier nanti doit s'être effectivement trompé, il doit avoir cru que l'objet composant le matériel appartenait au propriétaire du fonds. Le véritable propriétaire de l'objet en question a donc tout intérêt à aviser directement le créancier nanti, soit au moment du nantissement, soit à celui du contrat qui a transféré la détention au propriétaire du fonds ; ainsi le créancier nanti est constitué de mauvaise foi et il ne peut plus valablement exercer son gage sur le bien qu'il sait n'être pas la propriété de son débiteur.

D. — Capacité apparente du commerçant étranger.

208 — La plupart des auteurs⁵ et la jurisprudence estiment que la capacité d'être commerçant est régie par la loi nationale de l'intéressé, en application de l'art. 3, al. 3 c. civ. Il y a là un danger pour les tiers, qui risquent de se voir opposer par le commerçant étranger une incapacité prévue par sa loi nationale. Aussi, faisant application de l'idée d'apparence, la Cour de Cassation⁶ n'a pas hésité, dès 1861, à interdire à un commerçant étranger d'opposer l'incapacité résultant de sa loi nationale au co-contractant qui a

1. Orléans, 5 déc. 1919, et Montpellier, 5 juin 1920 (D., 21.2.67). — T. Com. Cherbourg, 6 janvier 1922 (GP., 22.1.369). — T. Com. Marseille, 13 juin 1929 (JCP., 29-I-1279).

2. Cendrier, n° 375. — Cohen, II, n° 942.

3. T. Com. Aix, 12 déc. 1904 (J. Faillite, 06.44). — Paris, 17 janvier 1911 (Rec. G. des Trib., 11.1.290). — Paris, 14 oct. 1912 (Rec. G. des Trib., 12.2.356).

4. Le créancier nanti ne pourrait donc exercer son gage sur un bien qui n'est pas visiblement compris dans le matériel de fonds.

5. Lyon-Caen et Renault, I, n° 290 ter. — Hamel et Lagarde, n° 345.

6. Req., 16 janvier 1861 (D., 61.1.193).

pu ignorer de bonne foi cette incapacité et qui serait lésé par elle. L'ignorance des tiers peut porter soit sur la qualité d'étranger (on peut supposer que celui-ci désire paraître français) soit sur le contenu de la loi étrangère (on sait que l'ignorance de la loi étrangère est toujours excusable). De toute façon, la capacité du commerçant étranger est donc régie par la loi française à l'égard des tiers de bonne foi ¹.

On peut se demander s'il ne convient pas d'aller plus loin. Pour éviter toute application de l'idée d'apparence, il serait plus simple de poser le principe que dans tous les cas la capacité des commerçants est régie par la loi du lieu de l'exploitation. Certains auteurs ² l'ont soutenu, faisant observer que les règles d'habilitation au commerce ne doivent pas être rattachées à la capacité des personnes, mais au statut de la profession de commerçant qui, lui, est régi par la loi du domicile. Une telle opinion, ne paraît pas consacrée par la jurisprudence ; elle aboutirait à rendre inutile l'application des règles de l'apparence, et par là à élargir le domaine de la loi du domicile, puisque celle-ci s'appliquerait même lorsque l'intérêt des tiers n'est pas en jeu et même lorsque ces tiers ont connu l'incapacité résultant de la loi étrangère.

1. Ripert, n° 68.

2. Ripert, n° 231. — Niboyet. *Traité de droit international privé*, IV, n° 1124.

DEUXIEME PARTIE

L'APPARENCE SOURCE D'UN DROIT AUTONOME

L'APPARENCE SOURCE D'UN DROIT AUTONOME

209 — Dans les hypothèses que nous venons d'étudier, l'apparence avait un rôle accessoire : elle corrigeait ce que la stricte application de la réalité pouvait avoir d'injuste à l'égard des tiers de bonne foi. Mais le droit commercial est allé plus loin : après avoir créé de toutes pièces une apparence formaliste, il en a fait découler un droit autonome, qui n'existe qu'en vertu de cette apparence et qui n'a plus rien à voir avec la réalité cachée. Il s'agit des titres de crédit, dans lesquels l'élément visible résulte de la détention d'une feuille de papier sur laquelle sont inscrites certaines mentions. L'apparence n'est plus substituée à la réalité, elle crée un droit autonome.

Selon la nature du droit autonome créé par l'apparence, on distingue trois sortes de titres de crédit¹ :

— les uns comportent de la part du débiteur l'exécution d'une prestation en argent ; ce sont les effets de commerce ;

— les autres représentent une prestation de marchandise : ce sont les titres représentatifs de marchandises ;

— d'autres enfin correspondent à un droit envers une personne morale, droit d'associé ou droit de créance ; ce sont les valeurs mobilières.

210 — Ici comme ailleurs, l'apparence ne joue pas entre les parties ; elle n'a d'effet qu'à l'égard des tiers. Pour qu'elle puisse s'appliquer, il est donc nécessaire que le titre circule et qu'ainsi il passe entre les mains de personnes étrangères au rapport créateur ; ce sont ces personnes qui peuvent s'en tenir à la forme littérale et ignorer les rapports sous-jacents.

Les titres de crédit qui, par leur nature, sont amenés à circuler le plus fréquemment sont les effets de commerce. C'est à propos

1. Escarra, n° 1122. Il faut exclure de cette catégorie certaines manifestations formalistes qui ne doivent rien à l'apparence, par exemple le compte-courant ; la déformation des créances inscrites en compte ne résulte pas de l'élément visible né de ce compte. Contra : Ripert, n° 65.

Sur la notion du titre, voir F. Larguier, la notion de titre en droit privé. Thèse Montpellier, 1951.

de ces titres, et notamment à propos de la lettre de change, que l'idée d'apparence a été pleinement appliquée. Nous consacrerons donc aux effets de commerce (lettre de change, billet à ordre, chèque et warrant) la majeure partie de nos développements, que nous diviserons en trois chapitres : élément visible, élément caché, élément psychologique.

Nous étudierons les autres titres de crédit dans des appendices à chacun de ces chapitres. La circulation de ces titres est en effet relativement récente, et l'idée d'apparence n'a été appliquée que par référence aux effets de commerce. Ces autres titres de crédit sont les suivants :

— Les titres représentatifs de marchandise comprennent le connaissement (qui représente la marchandise embarquée sur un navire), le récépissé-warrant des magasins généraux (qui représente la marchandise entreposée dans un magasin général) et le titre de filière (qui représente la marchandise vendue en filière). Il faut par contre exclure de cette catégorie la lettre de voiture qui, ne pouvant circuler¹, ne saurait donner lieu à l'application de l'idée d'apparence.

— Les valeurs mobilières comprennent d'une part les actions (qui confèrent un droit d'associé), d'autre part les parts de fondateur, les obligations, les bons du trésor ou les autres titres réunis par les collectivités publiques (qui confèrent un droit de créance à l'encontre de la personne morale émettrice).

1. Cette impossibilité a été critiquée, et le projet de réforme du CIM prévoit l'endossement de la lettre de voiture. Voir : Rodière, *les transports*, n° 521. H. de La Massue, *la lettre de voiture à ordre* (RTD., Civ., 1950.164). — Sélignon. *Le document de transport négociable* (Bull., Berne, fév., 1950.45).

CHAPITRE PREMIER

L'ÉLÉMENT VISIBLE

SECTION I. — DEFINITION DE L'ÉLÉMENT VISIBLE

211 — Un effet de commerce se présente sous la forme d'une feuille de papier portant certaines mentions prévues par le législateur. C'est cela qui constitue tout l'élément visible. Simplicité rendue possible par l'existence de ces deux matériaux juridiques : le papier et l'écriture, qui permettent de concilier les besoins de la circulation avec ceux de la précision. Le titre passera facilement de main en main, et sa seule lecture donnera connaissance de tous les détails des rapports qu'il implique.

C'est l'étude des mentions du titre qui nous occupera d'abord, puisque ces mentions représentent le **CONTENU** de l'élément visible. Nous chercherons ensuite si cet élément visible, issu de la seule volonté du législateur, peut encore avoir quelque rapport avec la réalité cachée. Après l'étude par l'intérieur ce sera l'étude par l'extérieur, consacrée aux **CARACTÈRES** de l'élément visible.

PARAGRAPHE 1. — CONTENU DE L'ÉLÉMENT VISIBLE

212 — Pour que l'élément visible reflète au mieux la réalité, le législateur a dû exiger des mentions les plus explicites possibles. Mais pour permettre aux tiers d'examiner facilement cet élément visible, il a dû créer des mentions les plus brèves possibles. La conciliation de ces besoins de précision et de concision se retrouve dans la rédaction de chacun des effets du commerce¹.

Les mentions peuvent, suivant leur but, être réparties en deux catégories :

— les unes générales, indiquent la catégorie du titre qui les porte. Elles sont obligatoires.

1. Pour le warrant, il s'agit des mentions portées au verso. Celles portées au recto ne diffèrent pas de celles du récépissé et donc ne constituent pas un effet de commerce, mais un titre représentatif de marchandises.

— Les autres sont spécifiques du rapport particulier créé par le titre. Parmi ces mentions spécifiques, les unes sont obligatoires, car elles concernent les éléments indispensables du rapport cambiaire. Les autres sont facultatives.

Nous étudierons donc successivement : les mentions générales, les mentions spécifiques obligatoires et les mentions spécifiques facultatives.

A. — Mentions générales.

213 — La manière la plus simple d'indiquer la catégorie de l'effet de commerce considéré est d'exiger sa dénomination. C'est ce qu'a fait le législateur pour la lettre de change (art. 110, 1^o c. com.) et pour le chèque (D-L 30 oct. 1935, art. 1^{er}). Ainsi toute confusion sera impossible, notamment entre un chèque et une lettre de change payable à vue. Dans les deux cas, il faut que la dénomination soit insérée dans le texte même du titre et soit exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre.

Cette exigence de la dénomination n'existait pas avant 1935. La France l'a adoptée à Genève en se ralliant à la thèse allemande. La réforme ne présente que des avantages puisqu'elle satisfait à la fois les besoins de précision et ceux de concision. Par cette voie, on en revient curieusement au formalisme le plus rigoureux de l'ancien droit romain, le formalisme de mot. De la même manière qu'on ne pouvait dire « promitto » au lieu de « spondeo », ainsi on ne pourrait écrire « lettre » ou « traite » au lieu de « lettre de change »¹. Mais ici, c'est un souci de protection des tiers qui a guidé le législateur : le formalisme a pour but de susciter leur confiance en créant une apparence facile à déceler².

214 — Pour le billet à ordre et le warrant, la dénomination n'est pas exigée³. En pratique, elle est rarement omise. Mais dans le cas où elle le serait, le titre devrait contenir la *clause à ordre* (art. 183 c. com.). Cette clause marque que le titre est transmissible par endossement. Elle résulte soit de l'expression « à l'ordre de... » placée avant le nom du bénéficiaire, soit de l'expression « ...ou à son ordre » placée après. Comme la dénomination, la clause à ordre doit être insérée dans le texte même du titre et être exprimée dans la langue employée par la rédaction de ce titre.

1. Certains auteurs soutiennent que le seul mot essentiel est « change », et que l'expression « lettre de change » n'est donc pas nécessaire. Voir la discussion : Lescot et Roblot, I, n° 167. — Larguier, op. cit., n° 171. — Lescot. La nouvelle législation de la lettre de change, 1937, n° 22.

2. Voir n° 227.

3. La loi uniforme de Genève exigeait cette dénomination pour le billet à ordre. Mais la France a usé des réserves prévues pour l'annexe II.

215 — La seule dénomination aurait pu suffire à indiquer la catégorie. Mais le législateur a voulu accroître la précision en exigeant l'indication du *mécanisme* employé. Cela permettra, dans le cas où le billet à ordre n'est pas dénommé, de le distinguer de la lettre de change ou du chèque. Pour le billet à ordre, on insérera une promesse de payer ; pour la lettre de change et le chèque, un mandat de payer. Le formalisme est ici moins rigoureux que pour la dénomination, puisqu'il laisse libre le choix de la formule, pourvu toutefois que celle-ci soit suffisamment caractéristique. Ainsi, le mandat de payer pourra résulter d'expressions telles que « veuillez payer... » ou « je vous autorise à payer... ». La promesse de payer de « je vous promets de payer... » ou « je m'engage à payer... ».

Mandat et promesse de payer doivent être purs et simples ; ils ne pourraient comporter l'insertion de conditions. Ce souci de simplicité est destiné à faciliter l'examen de l'élément visible par les personnes intéressées.

Grâce à ces trois sortes de mentions — dénomination, clause à ordre, indication de mécanisme — le titre dévoilera la catégorie à laquelle il appartient. La seule lecture apprendra qu'il s'agit d'un effet de commerce, et de quel effet de commerce. Mais il faut encore que le titre indique les caractéristiques propres du rapport créé.

B. — *Mentions spécifiques obligatoires.*

216 — Le porteur d'une effet de commerce doit de toute évidence connaître le montant de la créance que représente le titre : la mention de la *somme à payer* est donc obligatoire. Il s'agit d'une somme d'argent, puisque c'est là la caractéristique des effets de commerce. Il faut que cette somme soit déterminée ; cette exigence s'applique à tous les effets de commerce ; lettre de change (art. 110, 2° c. com.), billet à ordre (art. 183 c. com.), warrant (ord. 6 août 1945, art. 26, al. 2), chèque (D-L, 30 oct. 1935, 1^{er}). On doit indiquer le montant exact, soit en lettres, soit en chiffres¹. Précision et concision sont en même temps sauvegardées ; si la loi est observée, aucun doute ne peut naître sur le montant apparent de la créance tel qu'il résulte du titre.

217 — Il est tout aussi nécessaire que l'effet de commerce contienne l'indication de certaines *personnes* qui pourront être amenées à payer la somme considérée. Ces personnes se rangent en trois catégories : créateur du titre, tiré et bénéficiaire.

Le créateur du titre est le débiteur principal pour le billet à ordre et le warrant. Pour la lettre de change et le chèque, ce créa-

1. En pratique, les deux sortes de mentions sont utilisées concurremment. En cas de divergence, la loi préfère la mention écrite en lettres (art. 113 C. com.).

teur — le tireur — n'est pas le débiteur principal ; mais il est engagé dans le rapport cambiaire puisque, si le tiré ne paie pas, le porteur pourra s'adresser à lui. Quel que soit, donc, l'effet de commerce envisagé, le nom du créateur du titre doit apparaître. C'est pourquoi sa signature est une mention obligatoire du billet à ordre (art. 183, 7° c. com.) et du warrant (l'ord. de 1945 n'en parle pas, mais cette mention est évidemment obligatoire). De même, la signature du tireur est une mention obligatoire de la lettre de change (art. 110, 8° c. com.) et du chèque (D-L 1935, art. 1^{er}) ; ce dernier titre comporte aussi l'indication du nom du tireur, imprimé par le banquier sur les formules qu'il délivre. Pour la lettre de change, le billet à ordre et le warrant, la signature suffit, car le titre doit être concis¹ ; mais il doit également être précis : il faut que la signature permette de connaître exactement le nom du créateur.

Pour les titres qui créent un rapport triangulaire, l'indication du nom du tiré est obligatoire ; il en est ainsi pour la lettre de change (art. 110, 3° c. com.) et pour le chèque (D-L 1935, art. 1^{er})². Certes, le tiré n'est pas tenu selon le droit du change tant qu'il n'a pas signé l'effet. La mention de son nom est cependant indispensable :

— pour le chèque, qui est payable à vue, elle indique au porteur à qui il doit présenter le titre en paiement ;

— pour la lettre de change, elle permettra au porteur de savoir à qui présenter le titre pour qu'il soit revêtu de l'acceptation.

Enfin, la loi exige le nom du bénéficiaire pour la lettre de change (art. 110, 6° c. com.), le billet à ordre (art. 183, 3° c. com.) et le warrant (ord. 1945, art. 25, al. 2). A vrai dire, une telle exigence se justifie moins bien que les précédentes³. Avant que le titre ne circule, personne n'a besoin de connaître l'identité du bénéficiaire ; et, si le titre est transmis par endossement, cette identité résultera suffisamment de la signature d'endos. On aurait très bien pu concevoir, comme cela existe dans la loi anglaise, une lettre de change au porteur, alors surtout que l'endossement peut, lui être au porteur⁴. La doctrine⁵ et la jurisprudence⁶ admettent généralement la validité des billets au porteur ou en blanc, qui ne portent pas le nom du bénéficiaire. Quant au chèque, la loi elle-même a prévu qu'il peut être créé au porteur, sans indication du nom du bénéficiaire (D-L 1935, art. 13).

1. Le législateur a peut-être poussé trop loin la concision, car si la signature est illisible, l'identification du tiers risque d'être difficile.

2. Dans le cas du chèque, le tiré ne peut pas être n'importe qui. Depuis la loi du 14 février 1942, le chèque ne peut être tiré que sur un banquier ou sur certaines personnes autorisées.

3. Il n'en reste pas moins que la mention du nom du bénéficiaire est obligatoire par la lettre de change, et que son absence rendrait nul le titre. Voir Paris, 21 mai 1957 (G.P., 57.2.189).

4. Voir n° 220.

5. Lyon-Caen et Renault, IV, n° 98. — Lescot et Roblot, I, n° 816.

6. Voir les arrêts cités au R.D. com., v° effets de commerce, n° 922.

218 — Certaines *dates* sont essentielles : ce sont celles de la création et de l'échéance. Aussi leur mention est exigée.

La date de la création du titre est importante à plusieurs points de vues. Elle permet de savoir si le tireur était capable. Surtout, elle permet de connaître la date de l'échéance dans deux hypothèses :

— quand l'effet de commerce est payable à vue — cas général pour le chèque — car alors le titre doit être présenté au paiement dans un certain délai, qui part du jour de la création (chèque : 8 jours ; lettre de change et billet à ordre : 1 an).

— Quand l'effet de commerce est payable à certain délai de date, car alors le délai inscrit sur le titre court du jour de l'émission.

Pour ces diverses raisons, la mention de la date de création est obligatoire pour la lettre de change (art. 110, 7° c. com.), pour le billet à ordre (art. 183, 6° c. com.), pour le warrant (ord. 1945, 25, al. 1^{er}) et pour le chèque (D-L. 1935, art. 1^{er}).

La nécessité pour le porteur de connaître la date de l'échéance est évidente. Aussi, cette date doit être mentionnée sur la lettre de change (art. 110, 4° c. com.), sur le billet à ordre (art. 183, 3° c. com.) et sur le warrant (ord. 1945, art. 25, al. 2), avec quatre possibilités : paiement à vue, à un certain délai de vue, à un certain délai de date, à jour fixe. Pour le chèque, qui par nature est payable à vue, une telle mention était inutile.

219 — La nécessité de mentionner le *lieu* de la création du titre n'apparaît pas clairement¹. Cette indication a cependant certains intérêts, ainsi en matière de conflits de lois. Quoiqu'il en soit, le lieu de création constitue une mention obligatoire de la lettre de change (art. 110, 5° c. com.), du billet à ordre (art. 183, 6° c. com.) et du chèque (D-L. 1935, art. 1^{er}, al. 5)².

Le lieu du paiement lui, est beaucoup plus important, puisque c'est là que devra se présenter le porteur à l'échéance. Il est donc normal que la loi en ait fait une mention obligatoire de la lettre de change (art. 110, 5° c. com.), du billet à ordre (art. 183, 4° c. com.) et du chèque (D-L. 1935, art. 1^{er}, al. 4). Ce lieu n'est pas nécessairement le domicile du débiteur principal ; il y a alors domiciliation.

C. — Mentions spécifiques facultatives.

220 — Certaines *personnes* interviennent dans le rapport cambiaire de manière facultative. Sans l'indication de leur nom, le titre sera complet ; mais, si elles désirent s'immiscer dans le droit du change, leur nom devra figurer sur l'effet de commerce.

1. Avant la loi du 7 juin 1894, cette mention était très utile, car la lettre de change ne pouvait être tirée que de place en place.

2. Malgré quelques décisions divergentes, il faut admettre qu'une telle mention est obligatoire. Voir Cabrillac, note sous T. Com. Seine, 6 fév. 1948, au JCP., 48.II.4402. Chronique au JCP., 52.7139.

Tel est d'abord le cas du *tiré* dans la lettre de change et le chèque. Nous savons¹ que son nom doit figurer sur le titre dès l'origine, c'est là une mention obligatoire. Mais la signature de ce même tiré est, eile, facultative. Par cette signature le tiré s'introduit dans le droit du change, et cela n'est pas indispensable à la vie du titre.

Pour la lettre de change, la souscription du tiré constitue l'acceptation, dont les conditions de forme sont réduites au minimum, puisque une simple signature au recto suffit (art. 126, al. 1 c. com.)². Si le tiré s'aperçoit qu'il a commis une erreur en acceptant, il peut biffer son acceptation, mais à condition que le biffage soit manifeste et qu'il ait été fait avant la restitution de la traite (art. 129, al. 1 c. com.), toutes solutions conformes à l'idée d'apparence.

Pour le chèque, il n'y a pas d'acceptation, puisque ce titre est payable à vue. Cependant, la signature du tiré pourra figurer sur le titre de deux manières :

— par un visa de disponibilité, qui est seulement une attestation par le banquier de l'existence de la provision ;

— par un visa de certification qui comporte en plus la promesse du banquier de ne pas se dessaisir de la provision au détriment du porteur, pendant que court le délai de présentation.

221 — La signature des *endosseurs* constitue une autre mention facultative. Si le titre circule par endossement — cela n'est pas obligatoire, mais c'est le but normal des effets créés à ordre — il devra porter le nom des personnes qui ont participé à cette circulation, puisque ces personnes sont tenues, selon le droit du change, de garantir au porteur le paiement de l'effet. Leur nom figure grâce à la signature de l'endosseur apposée au verso du titre. C'est la seule condition de forme de l'endossement (art. 117, al. 7 et 8 c. com.) ; il n'est pas besoin de formule explicative, car la seule présence d'une signature au dos indique qu'il s'agit d'un endossement ; il n'est pas besoin du nom de l'endossataire, car celui-ci n'est pas débiteur cambiaire tant qu'il n'a pas endossé à son tour.

L'endossement précédent est celui qui transfère la propriété de l'effet de commerce. Il existe encore deux catégories d'endossements :

— l'endossement de procuration, qui confère mandat de recevoir paiement à l'échéance ;

— l'endossement pignoratif, qui confère un gage sur le titre.

Pour distinguer ces endossements de l'endossement translatif, il est nécessaire d'indiquer, avant la signature, leur nature sur le

1. Voir n° 217.

2. L'acceptation doit obligatoirement figurer sur le titre. Si elle est donnée par acte séparé, elle est dépourvue de tout effet cambiaire. Comm., 22 fév. 1954 (D., 54.J.311). Voir n° 248.

titré ; la loi n'exige aucune formule sacramentelle mais il faut que la mention ne soit pas équivoque. Pour l'endossement de procuration, ce peut être par exemple : « valeur en recouvrement ». Pour l'endossement de garantie : « valeur en garantie ».

222 — Il est encore une personne dont la signature peut éventuellement figurer sur le titre ; c'est le *donneur d'aval*, qui se porte caution de l'un des signataires. Il devient donc débiteur cambiaire et son nom doit être connu. Toutefois, par une dérogation à l'idée d'apparence, l'aval peut être donné par un acte séparé¹. Si l'aval est donné sur l'effet lui-même, il peut résulter d'une simple signature apposée au recto. Normalement le donneur d'aval précise pour qui il donne son aval ; s'il ne le fait pas la loi décide qu'il est censé l'avoir donné pour le tireur (lettre de change : art. 130, al. 6 c. com. ; chèque : D-L 1935, art. 26 al. 4). Ainsi, le seul examen du titre évitera toute confusion².

223 — *D'autres mentions facultatives* moins importantes concernent les personnes à qui le porteur pourra accessoirement demander le paiement. Il s'agit :

— de la clause de domiciliation, qui permet au porteur de se faire payer chez un tiers et, sauf volonté contraire exprimée par le tireur, par ce tiers (lettre de change : art. 111, al. dernier c. com. ; chèque : D-L, 1935, art. 8 al. 1^{er}) ;

— de la clause de recommandation, par laquelle un signataire recommande au porteur de s'adresser à une tierce personne si le tiré refuse d'accepter ou de payer.

224 — De même que certaines personnes interviennent facultativement dans les recours cambiaires, certaines *modalités* y sont facultativement insérées. Ces modalités sont nombreuses et variées, mais elle doivent toujours apparaître sur le titre par une mention.

Certaines de ces mentions s'adressent au *sujet actif* du rapport cambiaire :

— La clause « sans garantie » ou « à forfait » est celle par laquelle l'un des signataires de l'effet se dégage de sa responsa-

1. Voir n° 248.

2. On s'est longtemps demandé si l'art. 130, al. 6 c. com., établissait une présomption simple ou une présomption irréfragable, autrement dit, s'il était possible d'apporter la preuve que l'aval n'avait pas été donné pour le tireur. La jurisprudence était partagée. Voir, par exemple, en faveur de la présomption simple : Paris, 30 juin 1956 (D., 56.J.650). — En faveur de la présomption irréfragable : Civ., 23 janvier 1956 (D., 56.J.304). — Grenoble, 30 oct. 1957 (D., 57.J.704, note). Un arrêt récent de la Cour de Cassation paraît avoir tranché le débat. Il considère que l'art. 130, al. 6 c. com., pose, plus qu'une présomption, une véritable règle de droit qui sanctionne le défaut de mention et contre laquelle on ne saurait donc concevoir de preuve contraire. Civ., 18 nov. 1957 (D., 58.J.29). — Voir aussi : Goré, chronique au D., 57.103. — Abrahams, article à la RTD. Com., 1958.493. Cette solution est en harmonie avec l'idée que toute personne peut avoir confiance dans le seul élément visible.

bilité solidaire. Le porteur saura alors qu'il ne peut compter se faire payer par le signataire considéré.

— La mention de la valeur fournie est devenue facultative depuis une loi du 8 février 1922. Elle est cependant quelquefois insérée et indique alors au porteur la nature du rapport sous-jacent. Si ce dernier rapport est illicite, le porteur ne pourra compter se faire payer le montant de l'effet ; si ce rapport est assorti de privilèges ou de modalités, le porteur saura que privilèges et modalités sont applicables à son propre recours.

— La clause « non à ordre » interdit au porteur de transmettre le titre par endossement. Une telle clause ne peut figurer sur le billet à ordre, qui par nature est transmissible par endossement.

— Certaines clauses, spéciales à la lettre de change, peuvent avoir trait à la présentation à l'acceptation. Les unes obligent le porteur à cette présentation (art. 124, al. 2 c. com.). Les autres au contraire lui interdisent la présentation (clause « non acceptable », art. 124, al. 3 c. com.).

— La clause « retour sans frais » ou « sans protêt » a pour but de dispenser le porteur de faire dresser, pour exercer ses recours, un protêt faute d'acceptation ou faute de paiement.

225 — D'autres mentions facultatives s'adressent, non plus au sujet actif, mais au *sujet passif* de l'obligation cambiaire.

— Il en est ainsi du barrement du chèque, introduit en France, à l'instar de l'Angleterre, par la loi du 30 décembre 1911. Cette mention est d'une nature toute spéciale, puisqu'elle ne résulte pas de l'écriture, mais d'un simple signe : deux barres parallèles au recto du titre. En présence de ces barres, le tiré ne pourra payer qu'entre les mains d'un de ses clients ou d'un banquier (barrement général), ou entre les mains d'une personne dénommée sur le chèque (barrement spécial).

— La clause « suivant avis » ou « sans avis » précise que le tiré ne doit accepter ni payer la lettre de change avant d'avoir reçu du tireur un avis séparé.

La seule étude de son contenu montre que l'élément visible est en cette matière tout différent de ce qu'il était dans les autres applications de la théorie de l'apparence. Il est donc nécessaire de marquer les caractères propres à cet élément visible.

PARAGRAPHE 2. — CARACTÈRES DE L'ÉLÉMENT VISIBLE

226 — L'élément visible naît ici du formalisme. C'est dire qu'il est en quelque sorte préconstitué ; il est créé artificiellement par le législateur, il n'est pas issu de la nature des choses. Le but du législateur, ce faisant, a été seulement de faciliter la circulation des effets de commerce ; ce but n'était pas de séparer radicalement et définitivement l'élément visible de la réalité cachée : le premier, bien qu'artificiel, est toujours censé représenter la secon-

de. Pour arriver à ce résultat, au moins dans la plupart des cas, le législateur a prévu des sanctions pénales.

Si bien que les caractères de l'élément visible peuvent en matière d'effet de commerce se résumer dans les deux propositions suivantes :

— l'élément visible naît de la forme ;

— mais cet élément visible doit normalement correspondre à la réalité cachée.

A. — *L'élément visible naît de la forme.*

227 — Les personnes intéressées au rapport cambiaire peuvent s'en tenir au seul examen de la forme, le but de cette dernière étant précisément d'éviter des recherches compliquées à propos des rapports sous-jacents.

Dans les effets de commerce, un lien obligatoire est donc issu des mentions du titre, comme en droit romain il était issu par exemple des paroles solennelles de la « stipulatio ». Si bien qu'on pourrait être tenté de rapprocher le formalisme des effets de commerce de celui des anciens droits. Dans les deux cas, on laisse dans l'ombre le rapport véritable, l'intention profonde, pour ne tenir compte que de l'élément extérieur. Les deux sortes de formalisme ne sont-elles pas identiques dans leur nature ?

La réponse à cette question doit être négative. Les techniques, certes, sont comparables, et c'est cette similitude qui a permis l'emploi du même mot : formalisme. Mais les raisons d'être sont différentes. Le formalisme primitif a une origine religieuse, et, même lorsque, à Rome, le « jus » fut distingué du « fas », la forme a conservé surtout un caractère sacramentel : seule, elle a l'énergie nécessaire pour lier deux personnes et pour appliquer à ce rapport la sanction du droit.

Dans les effets de commerce, par contre, la forme n'a pas pour but principal de créer un rapport obligatoire entre les personnes qui l'ont employée, puisque le seul consentement suffirait à créer ce rapport. Ici, la forme n'est pas exigée en considération des parties, elle l'est en considération des tiers¹. Il faut que les personnes étrangères au rapport créateur du titre puissent avoir confiance en la régularité de ce rapport, car c'est à cette condition que le titre pourra circuler. La forme a précisément pour but principal de susciter cette confiance : les tiers

1. En fait, la distinction n'est pas aussi absolue : le formalisme ancien avait pour but, dans une mesure, d'avertir les tiers. A l'opposé, le formalisme moderne peut quelquefois avoir pour but de lier la personne qui l'emploie (voir, pour la signature, n° 240). Il n'en reste pas moins que les buts essentiels sont différents, et c'est pour cette raison que l'apparence joue seulement à l'égard des tiers, et non entre parties (voir n° 244).

s'en tiendront au seul examen de l'écrit sans avoir à rechercher si le rapport sous-jacent est régulier.

C'est bien dans cette protection des tiers qu'on doit rechercher le fondement du formalisme des effets de commerce : toutes les personnes intéressées pourront légitimement faire confiance à l'apparence issue de la forme, elles pourront compter que les personnes mentionnées sur le titre sont véritablement engagées, et le sont dans les termes indiqués.

228 — Dans un but de crédit, le législateur a donc créé de toutes pièces un élément visible. Son caractère artificiel le différencie de l'élément visible des autres applications de la théorie de l'apparence : ici, la représentation de la réalité n'est pas significative.

Une comparaison avec d'autres hypothèses, où la représentation est significative, permettra de comprendre cette idée. Si une personne se comporte aux yeux des tiers comme un mandataire, elle sera considérée effectivement comme mandataire alors même qu'elle ne le serait pas ; l'élément visible en ce cas n'est pas artificiel, il est issu de la nature des choses : pour être mandataire, il faut naturellement se comporter comme tel. C'est pourquoi l'on peut parler de représentation significative : tel comportement « signifie » qu'une personne est mandataire ; si par exception elle ne l'est pas, les tiers pourront cependant compter sur cette qualité.

En matière d'effet de commerce, en revanche, les tiers ne peuvent compter sur la régularité des rapports que parce que le législateur en a décidé ainsi¹. Un titre régulier en sa forme n'implique pas naturellement qu'il le soit aussi au fond : la réalité s'extériorise alors artificiellement.

Cette idée a une application sur le terrain de la bonne foi. La forme d'un effet de commerce est la représentation artificielle de la réalité, mais il est possible que cette réalité s'extériorise en même temps d'une autre manière, naturelle celle-là. Et dans le cas où l'apparence formaliste serait mensongère, on peut concevoir une faute de la part des tiers qui auraient négligé d'examiner la représentation naturelle ; si cette faute est lourde, on peut envisager de l'assimiler à la mauvaise foi². Au contraire, une telle négligence ne peut pas se concevoir par exemple en matière de mandat apparent ; la réalité en effet n'a alors qu'une façon visible de s'extérioriser, la seule existence de l'apparence naturelle implique que les tiers pouvaient légitimement se tromper et que, le faisant, ils n'ont pas commis de faute. Cer-

1. En d'autres termes, le législateur a créé la légitimité de l'erreur commise sur la foi de la forme.

2. Voir n° 332.

tes, les tiers auraient peut-être pu se rendre compte de la réalité en procédant à un examen minutieux et détaillé ; mais s'ils ne l'ont pas fait, on ne saurait leur reprocher aucune faute.

B. — *L'élément visible doit être conforme à la réalité.*

229 — Si le législateur a permis aux tiers de s'en tenir au seul examen de l'élément visible, il n'est cependant pas allé jusqu'à se désintéresser complètement de la réalité. Il a voulu éviter dans la mesure du possible les dangers que représentait cette force autonome conférée à l'élément visible. C'est là en effet une arme redoutable aux mains d'individus peu scrupuleux : il est bien facile de forger de toutes pièces un effet de commerce qui ne corresponde à rien de réel et d'en obtenir du crédit sur la seule apparence.

La solution ne pouvait se trouver sur le plan proprement commercial, puisque nous avons vu que les nécessités du crédit exigeaient que de tels titres fussent considérés comme valables aux yeux des tiers. C'est sur le plan répressif que le législateur a pallié les inconvénients signalés : il a prévu des sanctions pénales contre les personnes qui créeraient un élément visible contraire à la réalité¹. C'est là un moyen préventif propre à aboutir au résultat cherché : faire correspondre l'apparence et la réalité.

230 — Certaines sanctions pénales interviennent à propos de la fausseté de telle ou telle mention particulière du titre. Pour éviter ces mentions mensongères, il faut en punir les auteurs, qui ont porté atteinte à la « foi publique »². Suivant le cas, la peine sera criminelle — celle du faux — ou correctionnelle — celle de l'escroquerie.

La sanction la plus générale est celle, criminelle, du faux (art. 147, c. pén.). Le faux en écriture est en effet constitué par une altération de la vérité, et s'applique, entre autres titres, aux effets de commerce. Il n'est toutefois punissable que si son auteur a eu une intention frauduleuse et si les tiers ont pu subir un préjudice. Cette dernière condition exclut du faux la supposition du nom du tiré quand celui-ci n'a pas accepté la lettre de change, car alors les porteurs successifs n'ont pas à compter sur son engagement. Par contre, l'apposition d'une signature imaginaire est certainement constitutive de faux, car, s'il n'y a pas de préjudice à l'égard d'une personne dont la signature aurait

1. Voir Menez. Le chèque et la lettre de change devant la loi pénale. Thèse, Rennes, 1932.

2. Voir Donnedieu de Vabres. Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire. Sirey, 1943. — Larquier, op. cit., n° 148.

été imitée, il y a un préjudice à l'égard des porteurs éventuels qui peuvent compter sur l'engagement d'une personne réelle¹.

Dans un cas particulier, le législateur a prévu expressément l'application de la peine du faux : celui où l'endossement serait antidaté (lettre de change : art. 134, al. dernier, c. com. ; et chèque : D-L 1935, art. 24, al. 3). Bien que depuis 1922 la date ne soit plus une mention obligatoire de l'endossement, le législateur a voulu que les tiers pussent ajouter foi à cette mention si elle était inscrite. En ce cas, donc, il n'est pas nécessaire que se trouvent réunis les éléments constitutifs du faux prévus par l'art. 147 c. pén. ; la seule antidate suffit. Il ne semble pas que ces dispositions doivent être étendues au cas voisin d'antidate de l'effet lui-même, car la fraude est ici beaucoup moins facile et beaucoup moins dangereuse².

Les peines du faux seront différentes suivant la nature de l'effet de commerce. Pour la lettre de change, commerciale par sa forme, il s'agira toujours d'un faux en écriture de commerce : travaux forcés à temps (art. 147 c. pén.) et amende. Pour le billet à ordre, cette même peine s'appliquera s'il a été émis par un commerçant à l'occasion de son négoce³ ; sinon la peine sera celle du faux en écriture privée : réclusion (art. 150 c. pén.) et amende.

231 — Pour le chèque, la peine du faux a été supprimée par le décret du 24 mai 1938, qui unifie les sanctions pénales en cette matière : désormais, la peine encourue est celle prévue pour l'escroquerie par le deuxième alinéa de l'article 405 du code pénal : 10 ans d'emprisonnement et une amende. Soucieux de rendre la prévention efficace, le législateur a adopté une mesure qui se rapproche de l'antique système des peines privées : l'amende ne pourra jamais être inférieure au montant du chèque contrefait ou falsifié. De plus, la peine est applicable aussi à celui qui a accepté de recevoir un tel chèque. Les éléments de la contrefaçon ou de la falsification demeurent ceux du faux.

Si ce deuxième alinéa de l'article 405 n'est certainement pas applicable, à défaut de disposition législative expresse, à la falsification des autres effets de commerce⁴, il n'en est pas de même du premier alinéa de ce même article, qui réprime comme escroquerie l'usage de faux noms ou de fausses qualités en vue de se faire « remettre ou délivrer, ou tenter de se faire remettre

1. En ce sens : Lescot et Roblot, I, n° 118. — Hémard, Des effets de complaisance, p. 157. — Cass. 10 sept. 1907 (Bull. crim., n° 202).

2. En ce sens : Lescot et Roblot, I, n° 219. — Lyon-Caen et Renault, IV, n° 121. — Lacour et Bouteron, n° 1215. — Contra : Thaller et Percerou, n° 1318. — Percerou et Bouteron, I, n° 93.

3. Crim., 23 avril 1887 (D., 88.1.332).

4. En ce sens : Lescot et Roblot, I, n° 217. — Contra : Wahl, Précis théorique de droit commercial, n° 1836.

ou délivrer des fonds». La supposition de nom ou celle de qualité dans une lettre de change, un billet à ordre ou un warrant sont donc punissables des peines prévues à cet alinéa : emprisonnement de 1 à 5 ans, et amende.

Enfin, les peines de l'escroquerie sont applicables à la personne qui aurait reçu un effet de commerce volontairement émis en blanc et qui l'aurait rempli contrairement aux accords. L'auteur de l'inscription tombe alors sous le coup de l'article 407 c. pén., relatif à l'abus de blanc-seing, à la condition que cet auteur ait eu une intention coupable et que l'inscription ait été préjudiciable au créateur du titre.

232 — L'élément visible peut aussi n'être pas conforme à la réalité, non plus dans telle ou telle mention particulière, mais dans l'effet de commerce pris globalement. Le risque est alors au moins aussi grand puisqu'on se trouve en présence d'un titre qui ne correspond à aucun rapport sous-jacent réel. Ce n'est plus une mention qui est fausse, c'est l'ensemble de l'opération cambiaire qui ne repose sur aucun fondement. Plusieurs sanctions sont alors applicables.

La sanction principale est ici celle de l'émission de *chèque* sans provision¹, prévue par l'article 66 au D-L, 1935. Créance du tireur sur le tiré, la provision constitue ce rapport sous-jacent dont nous avons parlé ; si par conséquent elle est absente ou insuffisante, l'élément visible ne correspondra plus à la réalité. C'est pour éviter ce danger que les peines de l'escroquerie sont applicables aux personnes qui auraient émis ou à celles qui auraient accepté un tel chèque. Ici encore, l'amende ne peut être inférieure au montant du chèque ou à l'insuffisance de la provision². L'auteur ne sera punissable que s'il est de mauvaise foi, mais le souci de protéger la confiance des porteurs a amené la jurisprudence à concevoir très largement cette mauvaise foi : une simple négligence ou la simple connaissance du défaut de provision sont répréhensibles, toute personne ayant l'obligation de vérifier le solde de son crédit au moment de l'émission³.

233 — L'émission d'une lettre de change sans provision ne pouvait constituer un délit pénal, car la provision n'a pas, comme le chèque, à exister au jour de la création, il suffit qu'elle existe au jour de l'échéance⁴. Pour le billet à ordre et le war-

1. Voir, notamment : Cabrillac. Le chèque et le virement, 1950. Article à la Revue Banque, 1950, 540. — Pageaud. Les notions de bonne foi et de provision et de délit d'émission de chèque sans provision. Au JCP., 51.1.920.

2. Un certain nombre d'interdictions sont en outre attachées à de telles infractions : interdiction d'être banquier, assureur, administrateur d'une société, etc.

3. Crim., 3 fév. 1938 (DH., 38.214).

4. On pourrait à la rigueur concevoir une infraction résidant dans le fait de n'avoir pas constitué provision à l'échéance. Une telle infraction n'existe pas.

rant, la question ne se posait pas, puisqu'il n'y a pas de provision. Toutefois, la mise en circulation de tels effets de commerce n'est pas soustraite à toute possibilité de répression.

D'abord, l'émission d'un effet de complaisance peut constituer une escroquerie. Il en est ainsi principalement des effets émis sans provision et acceptés en connaissance de cause par des personnes « complaisantes ». Cette acceptation peut être analysée dans le fait extérieur caractéristique des manœuvres frauduleuses prévues par l'article 405, al. 1., c. pén.¹. Le créateur et l'accepteur encourrent donc les peines de l'escroquerie ; 1 à 5 ans d'emprisonnement, et amende.

De plus, dans le cas où le tireur d'effets de complaisance tomberait en faillite, il encourrait obligatoirement la banqueroute simple si l'émission de tels effets avait eu pour but de retarder sa faillite. La peine est un emprisonnement de 1 mois à 2 ans.

234 — Si le défaut de concordance entre l'élément visible et la réalité est sanctionné à l'occasion de l'émission d'un effet de commerce, il peut l'être aussi à l'occasion de sa circulation. La soustraction frauduleuse du titre constitue un vol, puisqu'il s'agit d'une chose mobilière appartenant à autrui. Le détournement d'un effet confié à titre de dépôt ou de mandat tombe sous le coup de l'abus de confiance (art. 408, c. pén.), ainsi que la non-restitution d'une lettre de change acquittée au moyen d'un chèque sans provision (art. 148, c. pén., modifié par D-L 30 octobre 1935). Ces sanctions éviteront dans la mesure du possible que l'effet ne tombe entre les mains de personnes qui ne sont pas les vrais titulaires du rapport obligatoire, en d'autres termes entre les mains de porteurs non légitimes.

SECTION II. — RÔLE DE L'ÉLÉMENT VISIBLE

235 — L'élément visible a ici, par la volonté du législateur, le rôle prépondérant. Du fait qu'il est rigoureusement prévu dans ses détails, son existence n'est pas susceptible de degrés, il est ou il n'est pas. Dans l'un et l'autre cas, nous allons dégager des conséquences tout à fait conformes à l'idée d'apparence.

PARAGRAPHE 1. — CONSÉQUENCES DE L'EXISTENCE DE L'ÉLÉMENT VISIBLE

L'élément visible existe ; le porteur a dans ses mains une feuille de papier portant toutes les mentions exigées par la loi pour la validité d'un effet de commerce. Ce porteur sait donc qu'il peut compter sur le titre puisque ce titre crée en sa faveur un droit nouveau et en détermine les sujets.

¹ 1. Crim., 5 fév. et 5 août 1932 (DP., 33.1.46, note Laurent). — Crim., 26 mai 1944 (GP., 44.2.89).

A. — *Création d'un droit nouveau.*

236 — Lorsque l'apparence était substituée à la réalité, l'élément visible n'avait qu'un rôle accessoire : c'était normalement la réalité qui créait le droit. Accessoirement, dans le cas où il était contraire à la réalité, l'élément visible avait un certain pouvoir créateur. Un mandataire, par exemple, tient ses pouvoirs du contrat qui le lie à son mandant ; l'élément visible n'entre en considération que dans le cas exceptionnel où il est contraire à ce contrat ; s'il lui est conforme, il n'a aucun rôle.

Au contraire, en matière d'effet de commerce, l'élément visible seul suffit à créer le droit, qu'il soit ou non conforme à la réalité. Il n'est plus un remède à des situations exceptionnelles, il est créateur de droit de manière principale et autonome. Ce sont les conséquences de cette idée que l'on exprime quand on parle de titre abstrait, d'incorporation du droit dans le titre, ou de droit né du titre. Le titre se détache des rapports juridiques qui ont été l'occasion de sa naissance¹. Seule la volonté du législateur pouvait attacher l'effet de droit à la forme et non au fond, à l'élément visible et non à la réalité cachée ; ainsi, les tiers sont dispensés de recherches compliquées sur les causes de la création et de la circulation de l'effet de commerce² ; ainsi sont satisfaits les besoins de crédit et de rapidité.

237 — Le rapport de droit créé par l'élément visible va donc vivre de manière autonome, sous le nom de rapport cambiaire. Il jouit d'un régime propre, prévu par le législateur qui a voulu faciliter encore la circulation des moyens de crédit en renforçant la rigueur de l'obligation cambiaire. Cette rigueur renforcée se marque principalement par deux traits :

— Tous les signataires du titre sont solidairement responsables du paiement envers le porteur (lettre de change, billet à ordre : art. 151 c. com. ; chèque : D-L 1935, art. 44). Le porteur trouve dans cette disposition une garantie considérable puisque, pour être payé, il lui suffira qu'un seul des signataires soit solvable³.

— Le refus de paiement par le débiteur principal donne lieu à un acte solennel, le protêt. Ce protêt qu'on peut considérer comme la manifestation d'un formalisme symétrique, constate de manière précise et irréfutable le défaut de paiement. Par sa publicité, il porte atteinte au crédit du débiteur principal.

Ces règles spéciales, cette rigueur renforcée sont issues de la seule forme du titre. Si l'élément visible existe, le porteur sait qu'il peut compter sur la protection des règles cambiaires

1. Larguier, op. cit., n° 218.

2. Lescot et Roblot, I, n° 120.

3. Larguier, op. cit., n° 211.

B. — Détermination du sujet passif.

238 — La forme fait plus que créer un droit nouveau ; elle détermine aussi le ou les sujets passifs. En énumérant les mentions, nous avons pu constater que les personnes tenues selon le droit du change devaient apposer leur signature sur le titre. Dans le formalisme des effets de commerce, la signature tient une place de premier plan. Un simple geste — tracer quelques caractères sur une feuille de papier — entraîne pour celui qui l'accomplit des effets de droit qu'il ne peut pas éluder.

239 — Pour cela, il faut que la signature soit la marque certaine d'une personne bien déterminée. On a pu dire qu'elle est « la projection de la personnalité physique »¹. En matière d'effet de commerce, ces exigences sont particulièrement marquées : il faut d'une part que la signature soit suffisamment explicite (ainsi un simple prénom ne suffirait pas), et il faut d'autre part qu'elle soit habituellement employée par la même personne. A ces conditions, la signature sera vraiment l'émanation d'une personnalité.

Le droit français est même allé plus loin : il exige en général que la signature soit manuscrite². Contrairement aux lois et usages de certains Etats, on ne pourrait admettre l'apposition d'un sceau, d'une griffe, l'empreinte d'un ponce, etc...

240 — Si la signature a un pouvoir déterminant dans la désignation du sujet passif de l'obligation cambiaire, c'est parce qu'elle joue un double rôle :

— La signature est d'abord un élément visible. Elle dévoile à toute personne intéressée l'engagement cambiaire de celui qui a signé. Ainsi, le porteur d'une lettre de change, à la vue de la signature du tireur, connaîtra ce tireur et saura que celui-ci est engagé dans le rapport né du titre.

— Mais, si la signature constitue un élément visible aux yeux des tiers, elle est aussi, à l'égard de la personne engagée, le moteur de son engagement. Dans ce nouveau rôle, la signature se rapproche singulièrement de la forme des anciens droits, puisqu'elle lie celui qui l'emploie. Notre signature n'a pas, sans doute, l'origine magique qu'avait la stipulation en droit romain ; si elle lie, c'est parce que la personne qui signe est censée avoir

1. Savatier, note sous Req., 20 fév. 1922, au D., 22.1.201 : « La signature n'est que l'empreinte propre et, autant que possible, inimitable, l'empreinte, essentiellement personnelle, par laquelle un individu atteste, non seulement son consentement, mais sa présence physique, en laissant une trace indélébile et non équivoque de son regard sur l'acte et du passage de sa main en bas dudit acte ».

2. Contra : Ripert, n° 1762. — M. Cabrillac (J-C. Banque et Bourse, fasc. 7, n° 256) observe avec juste raison que seule la signature emporte la preuve de la participation à l'acte de la personne dont le nom est reproduit. La griffe ne peut donc lui être assimilée. En ce sens : T. Com. Seine, 17 déc. 1957 (R. Banque, 1958, 179, n. X. Marin). Contra : Paris, 19 déc. 1958 (D., 59.J.24).

consenti. Mais les jurisconsultes romains classiques ne pensaient-ils pas de la même façon que l'on était censé avoir consenti quand on avait prononcé le mot « spondeo » ? Et la signature n'a-t-elle pas dans la pensée populaire une certaine valeur magique ?

Quoi qu'il en soit, la signature remplit deux rôles inséparables : du côté passif, elle a force obligatoire, celui qui signe est lié¹ ; du côté actif, elle crée une apparence sur laquelle les tiers pourront compter. Ces deux rôles sont inséparables : c'est parce que le débiteur est lié que le créancier peut avoir confiance, et c'est parce qu'il fallait créer une confiance chez le créancier que le débiteur est considéré comme lié. Ainsi sont satisfaits les besoins de crédit et de rapidité. Ainsi, la sécurité statique de celui qui s'oblige est conciliée avec la sécurité dynamique de celui qui acquiert l'effet.

Il peut toutefois arriver que les deux rôles soient en conflit ; c'est l'hypothèse de la fausse signature. Une personne imite la signature d'une autre. Du côté actif, aux yeux des tiers, la personne dont la signature a été imitée devrait être engagée, puisqu'il y a une apparence de sa signature. Du côté passif, par contre, cette personne ne saurait être engagée, puisqu'elle n'a pas signé. Nous verrons² que, dans ce conflit, l'intérêt de la personne dont la signature a été imitée passe avant la protection de la confiance qu'ont mise les tiers dans la fausse signature, la sécurité dynamique étant sacrifiée à la sécurité statique.

241 — Dans le cas normal où elle n'est pas fausse, la signature lie la personne qui l'emploie, sans que les tiers aient à rechercher si cette personne a vraiment consenti. Cela va même très loin, comme le marquent les conséquences extrêmes suivantes :

1° Si une personne signe un titre en blanc et que ces blancs soient par la suite remplis, elle sera engagée, alors même qu'elle n'aurait pas su exactement à quoi elle s'engageait. Le blanc-seing est en effet licite³.

3° Dans le cas où le signataire est un mandataire qui a dépassé ses pouvoirs, ce n'est pas le mandant qui est obligé, comme l'aurait exigé la théorie de l'apparence en matière de mandat. C'est le mandataire qui est en ce cas tenu selon le droit du change (art. 114, al. 3 c. com.). Cette solution ne se fonde pas, comme on l'admettait quelquefois, avant 1935⁴, sur une faute du manda-

1. Sans doute, le signataire n'est définitivement engagé que lorsqu'il s'est dessaisi du titre ; avant ce dessaisissement, il peut toujours revenir sur sa signature. Mais il reste que c'est la signature, et non le dessaisissement, qui est la marque du consentement.

2. Voir n° 296. Dans ce cas, l'élément visible est différent de la réalité cachée. Il y a une absence de rapport extra-cambialaire tenant à la fraude du faussaire.

3. Voir n° 253.

4. Rabat, 11 fév. 1936 (Rec. Rabat, 1936.545).

taire, mais bien sur le fait que celui-ci a signé l'effet de commerce. La seule signature crée l'obligation cambiaire¹.

3° Le rôle de la signature se marque aussi dans le tirage pour compte, hypothèse dans laquelle le tireur ne dévoile pas qu'il agit pour le compte d'autrui. Ce n'est pas alors le donneur d'ordre, inconnu des tiers, qui est engagé ; c'est le tireur pour compte, puisque seul il a signé et que seul il apparaît aux yeux des tiers comme le véritable tireur. Le donneur d'ordre, certes, sera tenu envers le tireur pour compte qui aura payé, mais c'est là un recours de droit commun ; selon le droit du change, seul le signataire est tenu.

La détermination du sujet passif de l'obligation cambiaire ne fait donc aucune difficulté. Grâce à la signature, les tiers savent qui est engagé. Il reste maintenant à connaître ces tiers, qui représentent le sujet actif de l'obligation cambiaire.

C. — Détermination du sujet actif.

242 — Le titre n'avait pas à dévoiler l'identité du sujet actif de l'obligation créée, car l'élément visible était justement destiné à ce sujet actif. C'est dire que celui-ci est la personne qui a le titre entre les mains, ou mieux sous les yeux. Mais cette idée de détention ne suffit pas. Pour être protégé par l'apparence, le porteur doit en outre réunir deux qualités : il doit être légitime et il doit être un tiers de bonne foi.

243 — *Le porteur doit être légitime.* Cette exigence est juste et logique : on ne saurait considérer comme sujet actif de l'obligation cambiaire une personne qui, par l'effet du hasard ou d'une fraude, s'est trouvée en possession du titre. Seul pourra compter sur l'élément visible le porteur qui a acquis l'effet par un mode valable de transmission.

Dans la détermination de ce porteur légitime, l'idée d'apparence reprend tous ses droits. Le législateur (lettre de change et billet à ordre : art. 120, al. 1 c. com. ; chèque : D-L 1935, art. 19) définit en effet le porteur légitime comme celui qui « justifie de son droit par une suite ininterrompue d'endossements ». Comme on l'a marqué², il ya une légitimité formelle qui suffit à établir la légitimité tout court. Le droit du porteur résultera suffisamment de la suite des signatures des endosseurs. La signature, considérée individuellement, déterminait le sujet passif de l'obligation cambiaire ; considérée maintenant comme faisant partie d'une suite, elle détermine le sujet actif, qui est le dernier maillon de la chaîne des endossements.

1. Sur ce problème, voir nos 317 et 318.

2. Arminjon et Carry. La lettre de change et le billet à ordre. Paris, 1938, n° 237. — Friedel. Le principe de l'inopposabilité des exceptions. Thèse, Paris, 1949, n° 98.

Dans ce nouveau rôle, la signature est encore créatrice d'apparence, non seulement au profit du sujet actif lui-même, mais encore au profit du sujet passif :

— le sujet actif, à la seule vue de la suite des signatures, pourra se considérer comme porteur légitime, donc résister à toutes revendications et demander paiement du montant de l'effet.

— Le sujet passif pourra, dans les mêmes conditions, considérer celui qui lui demande paiement comme un porteur légitime, et donc se libérer valablement entre ses mains¹.

Si, en revanche, il y a hiatus dans la chaîne des endossements, il n'y a plus d'élément visible quant à la détermination du sujet actif. Tous les porteurs postérieurs au hiatus sont sans droits.

244 — Le porteur légitime, en plus doit être un *tiers de bonne foi* pour être autorisé à se prévaloir de l'élément visible. Nous laissons ici de côté la bonne foi, que nous étudierons à propos de l'élément psychologique². Il s'agit seulement de définir la notion de « tiers ».

Cette notion trouvera à s'appliquer si l'élément visible est différent de la réalité cachée, cet élément visible devenant alors une apparence au sens technique du mot. Nous verrons que la régularité de la forme peut cacher une irrégularité de fond³ ; seuls les tiers au rapport vicié peuvent alors se prévaloir de l'apparence, car celle-ci ne se conçoit qu'à leurs yeux. De la même manière que, dans les rapports entre associés, l'apparence ne saurait fonder l'existence d'une société de fait⁴, de la même manière, entre les parties au rapport vicié, la régularité de la forme ne saurait suppléer à l'irrégularité du fond. L'article 121 c. com. fait application de cette idée en décidant que toute exception est opposable au porteur qui s'en trouve être le « sujet propre ».

Les tiers sont donc les personnes étrangères au rapport vicié. Celui-ci peut être l'un ou l'autre des multiples rapports sous-jacents à l'émission et à la circulation des effets de commerce : créances du tireur sur le tiré, du bénéficiaire sur le tireur ou le souscripteur, de chaque endossataire sur son endosseur. Si l'une de ces créances n'existe pas, ou est infectée d'un vice, seuls peuvent ignorer cette inexistence ou ce vice les personnes qui ne sont pas les sujets de la créance considérée.

Comme l'ont fort bien noté d'éminents auteurs, cette exclusion n'a sa source ni dans la mauvaise foi du sujet propre, ni dans la différence de position entre le premier porteur et les suivants. Il est bien plus simple et plus logique de constater que « l'apparence ne peut être invoquée de façon légitime qu'à l'égard des

1. Arminjon et Carry. La lettre change et le billet à ordre, n° 237.

2. Voir le chapitre 3.

3. Cela fera l'objet du 2^e chapitre consacré à l'élément caché.

4. Voir n° 129.

tiers et n'a aucun rôle à jouer dans les relations personnelles de deux parties dont l'une a signé le titre à la suite d'un accord contractuel avec l'autre »¹. Ce qui s'explique très facilement par l'apparence est beaucoup plus difficile à rattacher à l'idée d'obligation abstraite, car on voit mal ce qui empêcherait une obligation d'être abstraite même entre parties, comme cela existait dans le formalisme des anciens droits. Les tenants d'une telle théorie sont obligés d'admettre une exception à leur principe en constatant qu'en matière d'effet de commerce « il n'y a pas obligation abstraite entre parties »².

245 — La solution a toutefois été contestée sur un point particulier. L'article 128, al. 2 c. com. décide que le porteur d'une lettre de change « même s'il est le tireur » a contre l'accepteur une action cambiaria directe. Certains auteurs³ et certaines juridictions⁴ ont cru pouvoir en conclure que le tiré accepteur ne pouvait opposer au tireur les vices qui infectaient leurs rapports personnels, ce qui était nier en ce cas l'exclusion du sujet propre.

Une telle interprétation doit être condamnée. L'élément visible ne saurait avoir d'effet qu'à l'égard des tiers, et non entre parties : le tiré accepteur peut donc opposer au tireur tous les vices de leurs rapports. Cette opinion, qui est celle de la majorité de la doctrine⁵ et la Cour de Cassation⁶, n'est pas en contradiction avec l'action directe dont parle l'art. 128, al. 2 c. com.⁷ :

— cet article concerne d'une part le cas où les rapports ne sont affectés d'aucun vice et indique alors que le tireur possède contre l'accepteur l'action cambiaria dont nous avons montré la rigueur renforcée.

— d'autre part, dans le cas où le titre, après avoir circulé, a été endossé au profit du tireur, l'art. 128, al. 2, c. com. fait appli-

1. Lescot et Roblot, I, n° 316. Voir aussi : Escarra, n° 1129, Friedel, op. cit., n° 109. — Ascarelli : Cambiale, assegno, bancario, titoli dit credito, p. 216.

2. H. de Page. L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé. Bruxelles, 1957, p. 53-54.

3. Lyon-Caen et Renault, IV, n° 392. — R. Brun. La nouvelle législation de la lettre de change. Revue du droit bancaire, 1936, p. 135.

4. Alger, 10 juillet 1937 (S., 38.2.145, note Lescot). — Paris, 17 oct. 1941 (JCP., 42.II.1770, note Toujas). — Toulouse, 14 nov. 1946, JCP., 48.II.4082). — Alger, 7 juin 1950 (JCP., 50.IV.142).

5. Lescot et Roblot, I, n° 316. — Escarra, n° 1183. — Friedel, op. cit., n°s 110 et s. — Bouteron. Article à la GP., 1955.1.1. — Houin. Obs. à la RTD. Com., 1948.287 et 1950.619. — Piret. Les effets juridiques de l'acceptation de la lettre de change entre le tireur et le tiré. J. des Trib. belges, 1950.553.

6. Req., 13 mai et 25 mai 1942 (DC., 43.J.86, note Chéron. JCP., 42.II.1935, note Lescot). — Civ., 13 mai 1947 (JCP., 47-IV.113). — Com., 9 nov. 1954 (JCP., 54.II.8428). Voir aussi : Poitiers, 29 juin 1955 (D., 55.514).

7. Une proposition de loi a été déposée, en 1948, en vue d'ajouter à l'al. 2 de l'art. 128 : « ...toutefois, l'accepteur peut opposer le défaut de provision ». Cette addition serait inutile et dangereuse.

cation des principes généraux en décidant que le tiré ne pourra faire valoir contre le tireur les exceptions qu'il avait contre un précédent porteur car alors le tireur est un tiers en ce qui concerne le rapport qui unit le tiré au précédent porteur.

Dans ce cas comme ailleurs, un rapport vicié ne saurait par conséquent avoir d'effet entre ses sujets propres. Comme l'a remarqué M. Friedel¹, la notion d'obligation abstraite et celle d'obligation née du titre ne sont que des images commodes ; il faut les écarter quand elles aboutissent à des conséquences inadmissibles, comme d'interdire au tiré accepteur d'opposer au tireur les exceptions issues de leurs rapports personnels. L'idée d'apparence, elle, permet fort bien d'expliquer ces solutions ; un élément visible ne se conçoit qu'à l'égard des tiers. Il s'agit en effet de faciliter la circulation du titre, et pour cela il est indispensable de protéger la foi que les tiers peuvent faire à la régularité de la forme.

Ces tiers peuvent se trouver soit du côté actif, soit du côté passif du rapport cambiaire² :

— Du côté actif, tout porteur d'un effet de commerce pourra compter être payé selon les mentions du titre qui est entre ses mains. Tout signataire qui aurait payé pourra compter être remboursé selon les termes qu'il a pu lire.

— Du côté passif, tout signataire à qui l'on demande paiement peut compter être libéré s'il paie conformément aux mentions du titre.

PARAGRAPHE 2. — CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE DE L'ÉLÉMENT VISIBLE

246 — Pour que l'on trouve à s'appliquer la théorie de l'apparence, il faut que la croyance erronée se fonde sur un élément visible, faute duquel la bonne foi des tiers ne saurait être protégée. Si d'un côté les tiers peuvent compter sur l'existence de l'élément visible, en revanche ils risquent toujours de se voir opposer l'absence de cet élément visible.

Mais les conséquences de ce principe ne sont pas les mêmes suivant la nature de la mention absente :

— S'il s'agit d'une mention facultative, seule cette mention sera privée d'effet, le reste du titre demeurant valable.

— S'il s'agit d'une mention obligatoire, par contre, son absence annulera le titre tout entier. Et ici le problème se subdivise, car le défaut de mention peut être permanent ou temporaire.

1. Friedel, *op. cit.*, n° 113.

2. La protection de l'une de ces catégories de tiers peut se trouver en conflit avec la protection de l'autre, dans le cas où les éléments visibles correspondant ne sont pas identiques. C'est l'hypothèse de l'altération du titre. V. n°s 298 et s.

A. — *Défaut d'une mention facultative.*

247 — La question ne saurait faire difficulté : l'effet de commerce reste valable mais il n'est pas affecté des modalités qu'aurait pu apporter la mention absente. Par exemple, un signataire qui n'aurait pas inscrit sur le titre la mention « sans garantie », ne pourrait par suite se décharger de sa responsabilité solidaire¹.

Cette idée reçoit son application la plus notoire en matière de signature : une personne ne saurait être tenue selon le droit du change si elle n'a pas signé le titre. En plus du rôle positif que nous avons vu la signature a donc un rôle négatif.

C'est ainsi que le tiré d'une lettre de change, s'il n'a pas accepté, n'est pas tenu selon le droit du change, alors même qu'il serait valablement obligé envers le tireur ; ce dernier rapport est extra-cambiaire, il peut passer sur la tête de chacun des endossataires, mais il ne comporte pas les caractéristiques du droit du change et notamment pas l'opposabilité des exceptions². Les tiers ne sauraient prétendre appliquer au tiré qui n'a pas signé la rigueur des règles cambiales puisque l'engagement de ce tiré ne se dévoile par aucun signe extérieur.

De la même manière, lorsqu'un titre circule par endossement il peut arriver qu'il passe pas les mains d'une personne sans que celle-ci y appose sa signature. Cela se produira si l'endossement a été fait en blanc, car alors l'endossataire peut transmettre l'effet à une autre personne sans apposer sa signature (art. 118 c. com.). Ce porteur, bien qu'ayant participé à la circulation du titre, n'est pas tenu solidairement du paiement, car il n'a pas signé. Tous ceux qui ont eu la traite entre les mains sans que leur nom y figure n'assument, du fait de la transmission, aucune obligation cambiaire³.

248 — Si l'on poussait le principe dans ses conséquences extrêmes, il faudrait décider que les mentions facultatives n'ont aucune valeur si elles sont inscrites en dehors de l'effet de commerce, sur un acte séparé, car le formalisme suppose que le titre se suffit à lui-même. Cette solution n'a jamais fait de difficulté en matière d'endossement, celui-ci, pour être valable, devant nécessairement figurer sur l'effet (art. 117, al. 7 c. com.). Pour l'acceptation et l'aval, on admettait jusqu'en 1935 qu'ils pouvaient résulter d'un acte séparé⁴. A Genève, la conception fran-

1. Civ., 9 nov. 1870 (DP., 70.1.350). — T. com. Seine, 4 juin 1935 (GP., 35.2.346).

2. Lyon, 21 oct. 1954 (D. 55.5.51).

3. Escarra, n° 1164.

4. Acceptation par acte séparé : Civ., 4 fév. 1929 (S. 30.1.57, note Lescot). — Aval par acte séparé : Req., 21 janv. 1931 (Rev. Sté Banc., 32.16).

çaise se heurta à celle de nombreux pays étrangers qui avaient poussé plus loin les conséquences du formalisme. La loi uniforme adopta cette dernière conception en interdisant l'acceptation et l'aval par acte séparé. Mais, pour l'aval, elle permit une dérogation dont la France a usé. Si bien que le régime est différent dans l'un et l'autre cas.

L'acceptation par acte séparé¹ est interdite depuis 1935 (art. 126, al. 1 du c. com.). Si par conséquent le tiré n'a pas signé la lettre de change, il n'est pas débiteur cambiaire, alors même qu'il aurait accepté par un acte distinct du titre. Son engagement, certes, n'est pas sans valeur, mais il ne produit aucun effet cambiaire².

Au contraire, l'aval par acte séparé reste possible pour la lettre de change (art. 130, al. 3 du c. com.) et pour le chèque (D-L 1935, art. 26, al. 1)³. Il y a là une limitation incontestable à l'idée d'apparence, puisqu'une personne, bien que ne figurant pas sur le titre, se verra appliquer des règles du droit du change. Il est en effet admis que l'engagement du donneur d'aval demeure en ce cas un engagement cambiaire. Mais on considère généralement que le donneur d'aval par acte séparé n'est tenu qu'envers la personne à qui il a fourni sa signature⁴.

B. — *Défaut permanent d'une mention obligatoire* ⁵.

249 — Si une mention obligatoire fait défaut, l'effet de commerce est normalement atteint de nullité. Il en sera ainsi par exemple si le tireur n'a pas signé, ou si la somme à payer n'est pas indiquée. Cette solution est en accord avec l'idée d'apparence, puisque dans cette hypothèse l'élément visible est absent : si les mentions exigées par la loi ne figurent pas sur le titre, toute personne peut en déceler le vice au seul examen du papier. Il y a un vice de forme : celui-ci est nécessairement apparent et par conséquent la régularité ne l'est plus. Les tiers risqueront toujours de se voir opposer le vice de forme.

Pour cette raison, on a parlé en cette manière de dérogation au principe de l'opposabilité des exceptions, celles fondées sur un vice apparent du titre étant opposables à tout porteur. Dérogation, certes, mais dérogation qui découle naturellement de la

1. Voir G. Marais, L'acceptation de la lettre de change par acte séparé, à la Rev. de Droit français commercial, maritime et fiscal, 1948.33.

2. T. Com. Seine, 11 déc. 1951 (Banque 1952.446, note X. Marin ; RTD. Com., 1952.372, note Becque-Cabrillac). En ce sens, Lescot et Roblot, I, n° 453. Voir aussi : Comm., 22 fév. 1954 (D., 54.J.311).

3. T. Com. Lyon, 24 janv. 1950 (Banque. 1950.301, note Marin ; RTD. Com., 1950, 247, note Houin).

4. En ce sens : Lescot et Roblot, I, n° 509. — Percerou et Bouteron, I, n° 121.

5. Voir : Lescot. De l'omission des mentions essentielles de la lettre de change (Ann. Dt. comm., 1928.283).

théorie de l'apparence. Les besoins de rapidité exigeaient que les porteurs pussent s'en tenir à l'apparence de régularité qui se dégage de la forme, mais ces mêmes besoins n'exigeaient nullement que les porteurs pussent omettre de jeter un regard sur le papier qui leur passe entre les mains. « Un porteur de diligence moyenne doit vérifier la régularité formelle du titre qui lui est remis, et par suite il ne peut légitimement prétendre que les vices apparents lui étaient inconnus ». En d'autres termes les tiers peuvent bien se fier à l'élément visible, mais il faut encore que cet élément visible existe. La nullité pour défaut d'une mention obligatoire est donc opposable au porteur de bonne foi ¹.

Il est à noter que la jurisprudence s'est montrée libérale en cette matière, puisqu'elle a admis une sorte de « formalisme par équivalent ». Ainsi la Cour de cassation a considéré qu'une lettre de change non signée par le tireur pouvait cependant être valable si le tireur avait apposé par la suite sa signature aux fins d'endossement ². Cette hypothèse est bien différente de celle où le vice de forme est supprimé au cours de l'existence du titre ; ici, en effet, le tireur a signé en tant qu'endosseur et non pas en tant que tireur ; le vice originaire n'est donc pas réparé, la mention omise est seulement remplacée par une autre mention considérée comme équivalente ³. On a remarqué ⁴ que la solution de la Cour de cassation n'est peut-être pas conforme à l'esprit de la loi uniforme : si le formalisme n'est pas minutieux, si par conséquent la découverte de l'élément visible nécessite certaines investigations, les besoins de rapidité ne sont pas satisfaits.

250 — Toutefois, le défaut d'une mention essentielle n'enlève pas nécessairement toute valeur juridique au titre vicié. Certes, ce titre ne vaudra pas ce qu'il était destiné à valoir ; mais il pourra constituer un titre d'une nature différente, dans lequel la mention omise n'était pas exigée. Il y a là une application de la théorie dite de la conversion par réduction des actes juridiques ⁵.

Il se peut que le titre passe d'une catégorie d'effet de commerce à une autre catégorie : une lettre de change ou un chèque dont certaines mentions ont été omises peuvent devenir un billet à ordre ⁶. Cela se produira dans deux cas :

1. V. notamment : Lescot. Des exceptions opposables par le tiré au tireur d'une lettre de change (JCP., 42.1.252).

2. Req., 19 juillet 1939 (S., 39.1.289, note Rousseau).

3. Roblot et Lescot, I, n° 200, note 4.

4. Lescot et Roblot, I, n° 190.

5. X. Perrin. De la conversion par réduction des actes juridiques. Thèse, Dijon, 1911.

6. Avant 1935, on admettait qu'un chèque régulier pût devenir une lettre de change. Une telle réduction est impossible depuis le formalisme accru de la lettre de change. V. Cabrillac, au JC. Banque, fasc. 10, n° 455.

— d'abord, si l'omission porte sur la dénomination, le titre pourra être considéré comme un billet à ordre, puisque pour lui la dénomination n'est pas exigée¹ ;

— ensuite si l'omission porte sur le nom du tiré, deux personnes figureront seulement sur le titre lors de sa création, ce qui est caractéristique du billet à ordre².

Mais dans ces deux hypothèses, la lettre de change ou le chèque irréguliers ne vaudront, bien entendu, comme billet à ordre que s'ils contiennent toutes les autres mentions requises pour la validité du billet à ordre, et notamment la clause à ordre, puisque la dénomination « billet à ordre » fait nécessairement défaut.

Pas plus dans un cas que dans l'autre, le titre n'a proprement l'apparence d'un billet à ordre, mais bien plutôt celle d'une lettre de change ou d'un chèque irréguliers ; dans le premier cas, en effet, trois personnes figurent sur le titre ; dans le deuxième cas, ce titre est dénommé « lettre de change » ou « chèque ». En réalité, ce qui est sanctionné, ce n'est pas l'apparence d'une catégorie d'effet de commerce, c'est plus exactement une apparence de régularité. Si un titre n'est pas suffisamment régulier en sa forme pour constituer une lettre de change ou un chèque, mais s'il l'est assez pour valoir comme billet à ordre, rien n'empêche de le considérer comme tel, encore qu'il n'en ait pas l'apparence ; il en a la régularité apparente et cela suffit.

251 — Si la forme est trop irrégulière pour permettre à l'effet de commerce de changer de catégorie, celui-ci pourra encore conserver une certaine valeur, mais seulement comme instrument de preuve ; il ne se contente pas ici de descendre d'un degré, il change de nature³. Cela se produira d'abord chaque fois que, dans les deux hypothèses précédentes, la lettre de change ou le chèque ne contiendront pas les mentions requises pour la validité du billet à ordre. Il en sera ensuite ainsi, de manière plus générale, pour tout effet de commerce dans lequel une mention obligatoire aura été omise, à condition toutefois que le papier conserve encore une certaine valeur en tant qu'instrument probatoire. Pour cela, il faut au moins :

— que le titre soit signé ;

— qu'il indique une somme à payer ; mais cette somme pourrait être indéterminée (ainsi : Veuillez payer à X... la somme que je lui dois) ;

— qu'il ait une signification, et notamment que les termes ne se contredisent pas.

A ces conditions, le titre, qui ne peut plus être un effet de commerce, peut encore constituer un instrument de preuve. Ce

1. Voir n° 214.

2. Voir n° 217.

3. Larguier, op. cit., n° 191.

sera suivant le cas une simple promesse ou un commencement de preuve par écrit de la dette du tireur envers le preneur ou du tiré accepteur envers le tireur¹.

252 — Il est enfin des cas prévus par la loi dans lesquels le défaut d'une mention obligatoire n'entraîne ni la nullité ni même la conversation de l'effet de commerce. Ce sont les cas de suppléances : la loi interprète la volonté des parties sur la mention omise à l'aide des énonciations que le titre contient. Il en est ainsi en trois hypothèses², la première jouant seulement pour la lettre de change et le billet à ordre, les deux autres concernant le chèque.

— Si la mention de l'échéance est omise, la lettre de change (art. 110, al. 3 c. com.) ou le billet à ordre (art. 183 c. com.) sont considérés comme payables à vue. Une telle suppléance ne pouvait pas se concevoir pour le chèque qui est par nature payable à vue.

— Si le lieu du paiement n'est pas indiqué, ce lieu sera pour la lettre de change (art. 110, al. 4 du c. com.) et pour le chèque (décret-loi 1935, art. 2, al. 2), celui désigné à côté du nom du tiré. Pour le billet à ordre, qui ne comporte pas de tiré, ce sera celui de la création du titre (art. 185 c. com.).

— Si enfin le lieu de création n'est pas mentionné, la lettre de change (art. 110, al. 5 c. com.), le billet à ordre (art. 183, c. com.) et le chèque (D-L 1935, art. 2, al. 4) seront considérés comme souscrits dans le lieu désigné à côté du nom du créateur du titre, tireur ou souscripteur.

Ces cas de suppléance ne sont pas incompatibles avec le formalisme³. C'est la loi qui impose la forme ; elle peut donc l'imposer de la manière qu'elle veut, et notamment prévoir qu'une mention omise sera suppléée par une autre. Dans ces hypothèses, il n'y a pas à proprement parler défaut d'une mention obligatoire, puisque la forme du titre reste régulière malgré l'omission d'une mention.

C. — *Défaut temporaire d'une mention obligatoire*⁴

253 — Lorsqu'un effet de commerce circule par endossement et que par conséquent son existence a une certaine durée, il peut se faire qu'un vice de forme originaire soit réparé par la suite.

1. Paris, 3 nov. 1952 (GP., 52.2.413). — Civ., 7 fév. 1934 (GP., 34.1.721).

2. Il ne s'agit que des hypothèses où l'omission porte sur une mention obligatoire. Il y a aussi des cas de suppléance à propos de mentions facultatives.

3. Lescot et Roblot, I, n° 189.

4. Thaller. Traités en blanc et titres à fausse date (Annales de Droit comm. 1895.97). — Escarra. La lettre de change en blanc (Annales de Droit comm., 1908.209). — G. Offo. Titolo incompleto e titolo in bianco (Riv. di dir. com., 1951.1.12).

Une mention obligatoire qui faisait défaut est ajoutée sur le titre postérieurement à son émission. Cette régularisation tardive peut intervenir en deux hypothèses :

— Ou bien l'effet de commerce a volontairement été émis en blanc¹. Ce procédé est utilisé quelquefois par la pratique, à l'exemple surtout de pays étrangers, comme l'Italie. Les mentions laissées en blanc sont complétées par la suite ; la régularisation peut être soit conforme aux accords intervenus, soit contraire à ces accords (abus de blanc-seing)².

— Ou bien l'omission de certaines mentions a été involontaire, l'effet de commerce a été émis par erreur. Par la suite, l'un des porteurs répare le vice de forme. Plutôt que d'effet en blanc, il serait plus significatif de parler en ce cas d'effet défectueux.

Même dans cette seconde hypothèse, la question est bien différente de celle de l'altération des effets de commerce³. Sans doute l'altération constitue elle aussi une modification en cours d'existence ; mais, avant l'altération, le titre était régulier en sa forme, il n'y a jamais eu défaut d'élément visible. Ici, au contraire, la régularité apparente fait défaut ; elle naît lorsque le vice de forme est réparé. On voit dès lors le problème que pose la régularisation tardive des effets de commerce : il s'agit de régler le conflit entre les personnes qui ont connu l'absence de la mention obligatoire et celles qui ne l'ont pas connue. Ces dernières sont les porteurs postérieurs à la régularisation ; eux seuls verront protégée la confiance qu'ils ont mise en l'apparence de régularité, puisqu'eux seuls ont connu cette apparence. Le problème doit donc être résolu différemment suivant qu'on envisage les recours exercés par les porteurs postérieurs ou ceux exercés par les signataires antérieurs⁴.

a) Recours exercés par les porteurs postérieurs.

254 — Les porteurs postérieurs à la régularisation sont impliqués dans deux sortes de rapports cambiaires :

— D'abord dans le recours du dernier porteur contre les

1. Une loi du 4 sept. 1947 avait interdit l'émission en blanc de la lettre de change et du billet à ordre. Cette loi fut abrogée en 1949. Le blanc-seing est donc licite en soi. V. Rabat, 9 déc. 1952 (D., 53.S.54).

2. L'abus de blanc-seing est, lui, réprimé pénalement. V. n° 231 in fine.

3. Sur l'altération, voir n°s 298 et s.

4. Pour être complet, il faudrait aussi parler de la libération du tiré. Les mêmes solutions lui sont certainement applicables : s'il a accepté après la régularisation, il est libéré par son paiement entre les mains du porteur, car il a pu compter sur l'apparente régularité du titre ; si, par contre, il a accepté avant la régularisation, sa situation se confond avec celle des autres signataires antérieurs.

signataires successifs. Le dernier porteur est en effet par hypothèse postérieur à la régularisation du titre ¹.

— Ensuite, dans les recours des signataires postérieurs qui auraient été amenés à payer l'effet.

Ces recours, quels qu'ils soient, peuvent être dirigés soit contre des signataires antérieurs à la régularisation, soit contre d'autres signataires postérieurs.

Dans tous ces rapports, c'est le droit cambiaire qui trouve à s'appliquer, car les porteurs postérieurs ont pu compter sur la régularité de la forme ². Cet élément visible correspond normalement à la réalité cachée ; c'est le cas où l'effet en blanc a été rempli conformément aux accords ; alors, les porteurs postérieurs peuvent exercer tous les recours cambiaires même s'ils ont connu la première phase de la vie du titre, car à leur égard le vice n'a jamais existé ³. Mais l'élément visible peut aussi ne pas correspondre à la réalité cachée : il s'agit d'un effet « défectueux », ou d'une régularisation contraire aux accords ; dans ce cas, la théorie de l'apparence trouve à s'appliquer : les porteurs postérieurs pourront exercer tous leurs recours, mais à la condition d'être de bonne foi, c'est-à-dire d'avoir ignoré la fraude commise lors de la régularisation ⁴.

255 — Si les recours des porteurs postérieurs sont faciles à justifier par l'apparence de régularité sur laquelle ils ont pu compter, le problème est beaucoup plus délicat si l'on s'en tient aux théories du droit commun. Divers auteurs allemands et italiens ⁵ ont avancé des explications dont aucune n'est vraiment satisfaisante, que l'on parle d'un mandat donné par le créateur du titre à son co-contractant, d'une condition suspensive dont serait affecté l'effet, ou même d'une déclaration unilatérale de volonté formulée en plusieurs temps.

Cependant, plusieurs auteurs français — Thaller ⁶, Lescot et Roblot ⁷, Perceyron et Bouteron ⁸ ont donné une explication qui

1. Si la régularisation était postérieure au dernier endossement, elle ne saurait avoir aucun effet. On retomberait dans le cas de défaut permanent d'une mention obligatoire.

2. Civ., 10 juillet 1939 (S., 40.1.16).

3. Lescot et Roblot, I, n° 205.

4. Sur la bonne foi, en cette matière, voir nos 342 et 343. Il n'est pas exact d'opposer les deux hypothèses en constatant que la bonne foi, inutile dans la première, est nécessaire dans la seconde. En réalité, il ne s'agit pas de la même bonne foi. Dans les deux cas, le vice résultant de l'émission en blanc est censé n'avoir jamais existé, et sa connaissance par les porteurs postérieurs importe peu. Mais à ce vice s'ajoute dans le second cas un autre vice : la fraude commise lors de la régularisation ; c'est pour cet autre vice que la bonne foi est nécessaire.

5. Voir les auteurs cités par Lescot et Roblot, I, n° 201.

6. Traité élémentaire, nos 1371, 1372.

7. Les effets de commerce, nos 204, 205.

8. La nouvelle législation de la lettre de change, du billet à ordre et du chèque, n° 84 a.

n'est pas incompatible avec la théorie de l'apparence : pour eux, l'apparence naîtrait d'une faute, et c'est cette faute qui obligerait « quasi ex delicto » celui qui l'a commise, tireur coupable d'avoir délivré un blanc-seing, autres signataires antérieurs coupables d'avoir souscrit un effet en blanc. Mais cette explication ne peut concerner que les recours dirigés contre les signataires antérieurs, et que l'hypothèse ou la régularisation n'a pas été conforme à un accord intervenu. S'il s'agit de recours, entre signataires postérieurs, ou de régularisation conforme aux accords, ces auteurs constatent que les règles normales du droit du change retrouvent leur application.

Mais pourquoi alors ne pas reconnaître que ces règles normales du droit du chantage sont toutes fondées sur l'apparence de régularité qui se dégage du titre, que les porteurs postérieurs peuvent faire confiance en cette apparence, et que cela suffit à expliquer leurs recours, quel que soient ces recours ? Au surplus, est-ce bien une faute que d'utiliser la pratique de l'effet en blanc ?

b) *Recours exercé par les signataires antérieurs.*

256 — Sur le paiement qu'il aurait fait à un porteur postérieur, un signataire antérieur peut vouloir se retourner contre les autres signataires qui l'ont précédé dans la circulation de l'effet : tiré, tireur ou souscripteur, endosseurs antérieurs. La solution est ici inverse de la précédente : dans son recours, le signataire ne peut se prévaloir de l'élément visible puisque à son égard cet élément fait défaut. Il a signé l'effet alors que celui-ci était encore vicié, puisque les blancs n'étaient pas encore remplis. Il ne saurait donc avoir mis aucune confiance en une apparence régulière, car il n'y avait pas d'apparente régularité.

Pour résoudre le problème posé par ces recours, il faut donc aller au delà de l'élément visible et déceler la réalité cachée. Il faut savoir si l'intention des parties était ou non de faire circuler un effet en blanc, et si l'effet a été ou non régularisé de la manière que l'entendaient les parties.

Si l'intention des parties a été respectée, rien n'empêche d'assigner à l'effet la valeur qu'il aurait eu s'il avait été régulier *ab initio*. Les parties avaient convenu de reporter à plus tard l'inscription de certaines mentions ; ces mentions ont par la suite été apposées sur l'effet conformément aux accords, elles sont donc censées avoir existé dès l'émission. Cette solution est appliquée par la jurisprudence au recours du preneur contre le tireur ou souscripteur¹. Elle doit certainement être appliquée,

1. Agen, 16 mai 1853 (DP., 54.2.182). — Bastia, 15 déc. 1858 (DP., 59.2.143).

conformément à l'opinion de MM. Lescot et Roblot¹, et malgré l'avis contraire de certains auteurs² au recours de n'importe quel signataire antérieur.

Si par contre la régularisation n'a pas été le résultat de l'intention des parties (effet « défectueux » ou abus de blanc-seing), l'effet ne saurait avoir absolument aucune valeur à l'égard des signataires antérieurs. Ceux-ci, nous l'avons dit, ne peuvent se prévaloir d'un élément visible qu'ils n'ont pas connu ; ils ne peuvent pas davantage se prévaloir d'accords qui n'ont pas existé ou qui n'ont pas été respectés. Aucun recours cambiaire n'appartient donc en ce cas aux signataires antérieurs. Telle est bien la solution adoptée par la jurisprudence³.

En pratique, il est vrai, la question sera beaucoup plus délicate, car la preuve de l'intention profonde des parties sera souvent bien difficile à apporter. Si cette preuve n'est pas faite, c'est le droit du change qui s'appliquera.

APPENDICE. — L'ÉLÉMENT VISIBLE DANS LES TITRES AUTRES QUE LES EFFETS DE COMMERCE.

PARAGRAPHE 1. — L'ÉLÉMENT VISIBLE DANS LES TITRES REPRÉSENTATIFS MARCHANDISES.

A. — *Contenu de l'élément visible.*

257 — Pour les récépissés-warrants des magasins généraux, pour le connaissance maritime, et pour les titres utilisés dans les ventes en filière, les mentions formelles revêtent la même importance que pour les effets de commerce, car chacun de ces titres représente un droit autonome et spécifique, celui d'obtenir de telle personne la délivrance de telle marchandise. L'élément visible comprend donc non seulement la détention du titre, qui implique l'existence d'un droit à livraison, mais encore les mentions figurant sur le titre, qui définissent le contenu de ce droit.

Certaines mentions sont relatives aux personnes intéressées à la livraison de la marchandise. La première de ces personnes est celle qui détient la marchandise pour le compte d'autrui ; grâce au titre, le porteur doit savoir à qui s'adresser pour obtenir livraison. Aussi, l'indication du magasin général doit figurer sur le récépissé-warrant. De même, le connaissance doit être

1. Les effets de commerce, n° 205.

2. Lyon-Caen et Renault, IV, n° 469. — Lacour et Bouteron, II, n° 1192.

3. Req., 10 mai 1927 (S., 28.1.145, note Lescot).

signé du capitaine (ou du moins de l'agent de l'armateur) et doit indiquer le nom du navire. Enfin, la filière comporte l'indication du nom de l'entrepositaire et du lieu de l'entrepôt.

Il est de plus nécessaire que le titre contienne le nom et la signature du propriétaire originaire, créateur du titre, car celui-ci est responsable de la conformité de la marchandise avec les énonciations du titre. Pour cette raison, le nom du déposant est une mention obligatoire du récépissé-warrant, le connaissance sans la signature du chargeur ne fait pas foi à l'égard des tiers¹, et la filière doit comporter la signature du vendeur-créateur.

Les titres qui nous occupent ayant pour but de représenter une marchandise, il est indispensable que celle-ci soit indiquée de façon précise. Aussi bien dans les récépissés-warrants que dans les connaissances et que dans les filières, certaines mentions énoncent la nature de la marchandise, son identité (qui peut résulter, pour les choses de genre, des marques ou des numéros des emballages), sa quantité (en poids et en volume) et sa valeur (prix, état et conditionnement apparent). Pour ne pas alourdir le fonctionnement des magasins généraux et pour ne pas retarder les transports maritimes, les mentions relatives à la marchandise sont faites suivant les déclarations du propriétaire (déposant ou chargeur).

D'autres mentions enfin concernent les transmissions dont le titre peut être l'objet :

— Pour les récépissés-warrants, le seul mode de transmission possible est l'endossement. Celui-ci peut porter à la fois sur le récépissé et sur le warrant ; il comporte alors pour le cessionnaire le droit de disposer de la marchandise. L'endossement peut seulement porter sur le récépissé, et le cessionnaire doit respecter le gage constitué lors de la séparation du warrant. De toute façon, l'endossement doit être daté, signé par l'endosseur et doit mentionner le nom et l'adresse de l'endossataire (ordonnance de 1945, art. 25).

— Les filières se transmettent aussi par endossement. Il est d'usage d'indiquer la date et le nom de l'endossataire. La signature du vendeur-endosseur est évidemment obligatoire.

— Pour les connaissances, l'endossement n'est pas le seul procédé de transmission possible², mais il est de beaucoup le plus fréquent³. Il suffit alors, comme pour les effets de commerce, d'une simple signature au dos du titre.

1. Leroy. Le connaissance non signé du chargeur. Rev. internat. de D. M., 34.959.

2. Le connaissance peut aussi être à personne dénommée, nominatif ou au porteur. Ripert. Droit maritime, II, n^{os} 186 et s.

3. Certaines cours d'appel admettent même que le connaissance est par nature un titre à ordre. Rouen, 7 mai 1887 (D., 89.2.81, note Levillain). — Bordeaux, 27 mai 1889 (Rev. internat. de D. M., 5.189).

B. — *Rôle de l'élément visible.*

258 — Un élément visible résulte donc de la forme du récépissé-warrant ; de celle de la filière, et de celle du sonnaissement. Mais il reste à savoir si, comme pour les effets de commerce, ce formalisme est créateur d'un droit autonome, ou encore, pour employer un langage plus classique, jusqu'à quel point le droit s'incorpore dans le titre.

Certains l'ont nié, soutenant que les récépissés-warrants, les filières et les connaissements n'ont pour but que de constater, au profit de leur détenteur, une créance préexistante. Dans cette conception, les titres qui nous occupent ne créent pas un droit nouveau, ils constituent seulement, entre les mains du porteur, la preuve que celui-ci peut exiger la délivrance des marchandises. Le titre n'aurait par conséquent de valeur que dans la mesure où les rapports sous-jacents seraient réguliers, ce qui exclurait l'application des règles de l'apparence.

Cette opinion doit être rejetée. Entre parties, sans doute, le titre a seulement la valeur d'une preuve. Mais à l'égard des tiers tout le monde admet¹ en cette matière l'inopposabilité des exceptions : le porteur de bonne foi, comme nous le verrons², peut ignorer les vices infectant les rapports qui lui sont étrangers. Le titre est donc créateur d'apparence, puisque les tiers de bonne foi peuvent compter que le porteur du récépissé-warrant, celui de la filière ou celui du connaissement est véritablement la personne qui a le droit de se faire livrer la marchandise. Etant admis qu'une apparence dérive de la détention du titre, les discussions reprennent pour savoir quelle est cette apparence.

259 — Selon une théorie soutenue à propos du connaissement, la détention du titre représenterait la propriété de marchandise : le porteur du titre deviendrait propriétaire apparent, et de cette propriété résulterait le droit à la livraison. Cette opinion doit être repoussée, car elle va au-delà de l'intention des parties : celles-ci, en signant le titre, n'entendent pas nécessairement transférer la propriété de la marchandise ; tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elles veulent transmettre le droit à la livraison³. En droit maritime, la majorité de la doctrine⁴ et de la jurisprudence⁵ considère que le transfert de propriété, et donc celui

1. Récépissé-warrant. Lescot et Roblot, II, n° 835. — Filière : Boyer, dans la vente commerciale de marchandises. Etudes sous la direction de J. Hamel, n° 31. — Connaissement : Ripert. Droit maritime, II, n° 1867.

2. Voir n° 320.

3. C'est ainsi que le récépissé-warrant peut être endossé à un mandataire ou à un créancier gagiste. Paris, 13 nov. 1919 (S., 20.2.102). Paris, 22 déc. 1934 (Journal J. comm., 35.2.97).

4. Vente caf. : Ripert, Droit maritime, II, n° 1931. Vente fob. : G. Fraikin. Du transfert de la propriété et des risques dans la vente fob. (DMF., 1950.111). — Contra : Goré. Le moment du transfert de propriété dans les ventes à livrer (RTD. Civ., 1947.161).

5. T. Com. Le Havre, 12 avril 1932 (Dor. sup., 10.279).

des risques, s'opèrent au moment fixé par le contrat (corps certains) ou à celui de la spécialisation (choses de genre), mais jamais au moment de la remise des documents. Il faut certainement en décider de même pour les marchandises qui sont l'objet d'une filière ou d'un récépissé-warrant.

260 — Si le droit à la livraison ne dérive pas d'une propriété apparente, il faut admettre, avec la doctrine dominante¹, qu'il résulte d'une possession apparente. Le porteur du titre est en droit de se faire livrer la marchandise parce qu'il en est le possesseur apparent. Il s'agit dans tous les cas d'une possession par l'intermédiaire d'autrui, possession dont l'analyse a été poussée très loin par la doctrine allemande² : le magasin général, le dépositaire ou le transporteur détient la marchandise pour le compte du porteur du récépissé-warrant, de la filière ou du connaissement. Pour ces deux derniers titres, c'est à partir de l'endossement que la possession apparente est transmise. Mais, pour la filière, le porteur n'a jusqu'à l'échéance qu'un droit éventuel, la marchandise restant en la possession du vendeur ; c'est seulement à partir de l'échéance que le porteur de la filière devient possesseur apparent par l'intermédiaire d'autrui.

Les titres représentatifs de marchandises produisent donc un droit autonome, qui ne doit pas être confondu avec celui créé par les effets de commerce. En l'absence de disposition législative, il n'y a aucune raison d'étendre aux titres qui nous occupent la rigueur renforcée du droit cambiaire, et notamment la responsabilité solidaire de tous les signataires³. Les engagements des signataires les uns envers les autres ne résultent qu'à des rapports sous-jacents (ainsi l'endosseur d'une filière est tenu envers l'endossataire en vertu du contrat de vente intervenu entre ces personnes). Le seul rôle de l'élément visible est de créer une apparence de possession.

PARAGRAPHE 2. — L'ÉLÉMENT VISIBLE DANS LES VALEURS MOBILIÈRES

261 — Comme tous les titres de crédit, les valeurs mobilières se présentent sous la forme d'une feuille de papier portant certaines mentions. Mais, à la différence des titres que nous avons étudiés, ces mentions n'ont pas une importance primordiale, car chaque catégorie de valeur mobilière possède des

1. Récépissé-warrant : R. Decottognies, dans la vente commerciale de marchandises, études sous la direction de J. Hamel, n° 12 c. Connaissement : Ripert, droit maritime, II, n°s 1857 et suivants.

2. Ripert, droit maritime, II, n°s 1857 et 1859.

3. Filière : L. Boyer, dans la vente commerciale de marchandises. Etudes sous la direction de J. Hamel, n° 31 b. Connaissement : Ripert. Droit maritime, II, n° 1867. Pour ce titre, on a pris l'habitude d'insérer la clause « sans garantie ».

caractéristiques uniformes. Les formules de chaque catégorie correspondent à un type unique : elles énoncent de façon non équivoque l'établissement émetteur (société, collectivité publique, etc...), la nature du titre (action, obligation, titre de rente, etc...), et sa valeur (qui peut être indiquée en capital ou en revenu).

L'interprétation des mentions ne souffrant aucune difficulté, l'essentiel de l'élément visible se ramène à la détention du titre. L'apparence joue dans la mesure où le porteur d'une valeur mobilière peut compter sur le capital et sur le revenu que représente son titre, et dans la mesure où l'établissement émetteur peut compter être libéré en payant au porteur du titre.

Mais la détention pure et simple ne suffit à conférer la qualité de porteur légitime que dans les valeurs au porteur. Dans les valeurs nominatives, le porteur doit aussi être inscrit sur les registres de la personne morale émettrice, ce qui a pour effet de « qualifier » sa détention.

A. — *L'élément visible dans les valeurs au porteur.*

262 — Dans les valeurs au porteur, l'élément visible se ramène à la détention pure et simple du titre. La personne qui a dans ses mains l'action, l'obligation ou le titre de rente, sait qu'elle en est le véritable titulaire et qu'elle peut ignorer les vices de transmissions qui lui sont étrangers. L'incorporation du droit dans le titre est à ce point complet que la valeur mobilière, considérée comme un meuble corporel, est transmissible par la seule tradition.

L'apparence est donc issue de la forme, mais le formalisme résulte moins de l'emploi de formules déterminées que du mode de transmission ; il peut se comparer à la traditio romaine qui suffit à partir d'une certaine époque à transférer la propriété. Mais nous retrouvons ici l'antagonisme entre le formalisme antique et celui de notre droit commercial. Le premier a des origines religieuses et constitue donc l'unique moyen susceptible de transférer la propriété, même entre parties. Par contre, le mode simplifié de transmission des titres au porteur n'a pour but que de protéger les tiers : ceux-ci peuvent compter sur l'apparence de propriété, issue de la détention du titre. Ainsi sont évitées les trop longues investigations sur la légitimité des droits au porteur.

263 — Le tiers protégé par l'élément visible est au premier chef la personne qui acquiert le titre par tradition régulière. Cette personne est un tiers par rapport au vice qui a pu affecter une transmission antérieure. Elle peut donc, si les conditions de l'apparence sont réunies, ignorer ce vice et se considérer comme

porteur légitime pour exercer tous les droits que comporte la valeur mobilière.

L'établissement émetteur est aussi, en tant que sujet passif, protégé par l'apparence. Il est libéré s'il paye de bonne foi à la personne qui détient le titre, car cette détention, constitutive d'élément visible, permet d'ignorer le vice d'une transmission à laquelle l'établissement émetteur est étranger. A l'égard des tiers, la tradition peut donc être considérée comme un mode abstrait de transmission des titres au porteur¹.

L'apparence ne saurait en revanche produire aucun effet à l'égard de la personne qui est partie à la transmission irrégulière. Entre parties, le titre au porteur se transmet par l'effet de la convention². Dès lors, si cette convention n'existe pas, si elle est nulle ou inefficace, la propriété n'est pas transmise. L'accomplissement de la tradition ne donne pas au porteur les droits afférents à la valeur mobilière car, étant partie au rapport vicié, il ne saurait se prévaloir contre le cédant de l'élément visible né de la détention du titre.

B. — *L'élément visible dans les valeurs nominatives.*

264 — Dans les titres nominatifs, la simple détention ne suffit pas à créer l'élément visible³. Celui-ci résulte aussi de l'inscription du titulaire sur un registre de l'établissement émetteur. Le titre est alors seulement un extrait d'inscription ou un certificat nominatif; il reproduit les mentions qui figurent sur le registre et détermine l'identité du titulaire. Une inscription est faite à l'origine pour le premier titulaire de la valeur mobilière; chaque fois que cette dernière est transmise, le nouveau titulaire est inscrit à la place du précédent, au moyen d'une opération appelée transfert.

A la différence des autres titres de crédit, l'élément visible ne résulte donc pas ici du seul papier en la possession du titulaire. Pour avoir un support différent, l'idée d'apparence ne s'applique pas moins. Ce sont les mentions figurant sur le registre de l'établissement émetteur qui créent l'élément visible: les tiers peuvent légitimement compter que la personne inscrite est bien le titulaire du droit afférant à la valeur mobilière. Ces tiers ne doivent donc pas se contenter de prendre en considération la seule détention du titre, ils doivent aussi vérifier si le porteur est régulièrement immatriculé. L'élément visible est plus complet, les besoins de rapidité étant dans une mesure sacrifiés à ceux de sécurité.

1. Ripert, n° 1598.

2. Escarra et Rault. Principes de droit comm., n° 1248.

3. Quelquefois même, celle-ci est inutile, car certaines sociétés ne remettent pas de certificat nominatif à leurs actionnaires,

265 — Si les conditions de l'apparence sont réunies, la personne régulièrement inscrite peut exercer tous les droits impliqués par la valeur mobilière, et ignorer le vice affectant l'une des transmissions antérieures. De même, l'établissement émetteur est libéré par le paiement fait à la personne qui, régulièrement inscrite, paraît le véritable titulaire. Comme la tradition, le transfert est à l'égard des tiers une opération abstraite¹.

Il peut arriver que l'élément visible né de la détention du titre soit en contradiction avec celui qui résulte de l'inscription ; la personne qui se présente avec le certificat nominatif n'est pas celle qui est inscrite sur les registres de l'établissement émetteur. La question se pose alors de savoir quelle est l'apparence qui doit l'emporter à l'égard de ce dernier :

— En ce qui concerne le capital, c'est l'inscription sur les registres qui passe avant la détention du titre. Cette solution est commandée par la nature des valeurs mobilières à forme nominative : le droit envers l'établissement émetteur est fondé sur l'inscription. Ce dernier ne peut donc considérer comme actionnaire, obligataire ou rentier la personne qui détient un certificat d'inscription, il doit aussi vérifier si cette personne est bien inscrite sur ses registres.

— En ce qui concerne les revenus, par contre, il est moins dangereux de sacrifier la sécurité à la rapidité. Aussi le paiement des intérêts, arrérages ou dividendes au porteur du certificat d'inscription suffit à libérer l'établissement émetteur (décret du 7 décembre 1955, art. 5, al. 1). Pour le paiement des revenus, les valeurs nominatives sont donc comparables à celles du porteur.

Mais l'élément visible quel qu'il soit, n'a d'effet qu'à l'égard des tiers. Entre parties, la transmission résulte du consentement et non de l'apparence. Cette solution est consacrée par le législateur lui-même (décret de 1935, art. 1. al. 2). Une personne qui, n'ayant pas régulièrement acquis le titre, serait inscrite sur les registres de l'établissement émetteur, ne pourrait exercer les droits impliqués par la valeur mobilière, car l'immatriculation ne saurait à son égard couvrir le vice du contrat auquel elle est partie.

1. Ripert, n° 1589.

CONCLUSION

266 — Qu'il s'agisse d'effet de commerce, de titre représentatif de marchandise ou de valeur mobilière, l'élément visible est une marque formelle; prévue par le législateur, d'où résulte un droit autonome. L'existence de ce droit, liée à celle de l'élément visible, est indépendante de la réalité. C'est cette indépendance que nous devons maintenant marquer en étudiant l'élément caché que les tiers sont en droit d'ignorer.

CHAPITRE DEUX

L'ÉLÉMENT CACHÉ

267 — C'est l'élément visible qui en matière d'effet de commerce joue le rôle principal puisque, même s'il correspond à la réalité, c'est lui et non la réalité qui crée le rapport juridique¹. Mais l'intérêt de cette solution ne se manifeste que si cette correspondance n'existe pas. Cela suppose, ici comme ailleurs, un élément caché différent de l'élément visible ; ce dernier va devenir une apparence au sens technique. Le problème est alors de rechercher la réalité, d'étudier en quoi cet élément caché est différent de l'élément visible.

C'était la régularité qui était apparente, c'est donc l'irrégularité qui sera cachée. La régularité de la forme cache une irrégularité de fond, et suffit à créer un rapport juridique au profit des personnes qui, de bonne foi, ont cru à l'apparence.

Tout au long de cette étude, nous retrouverons un principe classique, celui de l'opposabilité des exceptions² qui est une conséquence directe de l'idée d'apparence : dire que le débiteur cambiaire ne peut opposer au porteur les exceptions qu'il avait contre un autre signataire, c'est dire que ce porteur est en droit d'ignorer le vice de fond qui affecte l'émission et la circulation du titre. Mais la notion d'apparence déborde largement le principe de l'opposabilité des exceptions, elle s'applique notamment à la libération du débiteur cambiaire, à la revendication des titres perçus ou volés, à l'indépendance des signatures, etc...

268 — L'irrégularité de fond peut se manifester à deux stades bien distincts :

1° Elle peut d'abord tenir à la nullité, l'extinction ou l'inefficacité des rapports sous-jacents, que nous appellerons les rap-

1. Voir n° 236.

2. Friedel. L'opposabilité des exceptions. Thèse, Paris, 1949.

ports extra-cambiaux¹, et qui se décomposent en deux grandes catégories² :

— d'une part, la créance du tireur sur le tiré, qui est la provision, concevable seulement dans les effets qui créent à l'origine un rapport triangulaire (lettre de change et chèque) ;

— d'autre part, la succession des créances de chaque preneur sur chaque souscripteur, qui sont les valeurs fournies³ et qui se retrouvent dans tous les effets de commerce.

Si ces créances sont nulles, éteintes ou inefficaces, l'idée d'apparence permet de considérer cependant les rapports cambiaux correspondants comme valables et efficaces.

2° L'irrégularité du fond peut aussi consister dans un vice du rapport nouveau créé par le titre, le rapport cambial. Le caractère autonome⁴ de ce rapport a en effet pour conséquence qu'il peut être infecté d'un vice propre, touchant par exemple le consentement d'un signataire. Ici encore, l'idée d'apparence permet dans la majorité des cas d'ignorer le vice du rapport cambial.

Entre ces deux sortes d'irrégularité vient s'en intercaler une autre, intermédiaire : une fraude intervient au stade cambial (analogie avec la deuxième hypothèse), mais a pour résultat une absence de rapport extra-cambial (analogie avec la première hypothèse). C'est par exemple le cas des effets de complaisance. L'idée d'apparence est alors plus difficile à appliquer car elle se heurte à des nécessités concurrentes, comme la protection de la victime de la fraude ; nous verrons cependant que, même dans cette hypothèse, il lui reste une large place.

En définitive, nous avons à étudier trois sortes d'irrégularité de fond :

- absence non frauduleuse de rapport extra-cambial ;
- absence frauduleuse de rapport extra-cambial ;
- vice du rapport cambial.

1. Nous préférons cette expression à d'autres, peut-être plus significatives, mais certainement moins précises. L'expression « rapport fondamental » n'englobe pas, dans son acception usuelle, la créance de provision (Lescot et Roblot, I, n° 78). L'expression « rapport pré-existant » est inexacte, car ce rapport peut être concomitant, ou même postérieur à la souscription de l'effet (Lescot et Roblot, I, n° 70).

2. Tous les auteurs n'ont pas bien fait cette distinction. Pour plus de précisions, voir Escarra, n°s 1135 et s. Observations Becque-Cabril-lac, à la RTD. Com., 1952, p. 125.

3. Originellement, provision et valeur fournie désignaient des prestations : la première, celle faite par le tireur au tiré, la deuxième, celle faite par le preneur au souscripteur. Aujourd'hui, ces deux termes tendent à désigner le rapport juridique issu de cette prestation : créance du tireur sur le tiré, créance du preneur sur le souscripteur. C'est en ce sens que nous entendons les expressions en question, sens totalement détaché de l'idée de prestation, puisque le rapport sous-jacent peut consister en une libéralité.

4. Sur le caractère autonome du rapport cambial, voir Lescot et Roblot, n° 76.

SECTION I. — ABSENCE NON FRAUDULEUSE DE RAPPORT EXTRA-CAMBIAIRE

269 — L'application de l'idée d'apparence est complète quand l'effet de commerce repose sur un rapport extra-cambialaire nul, éteint ou inefficace. Cette application peut se résumer dans les deux propositions suivantes :

— l'apparence permet d'ignorer toute absence de rapport extra-cambialaire ;

— mais cette apparence ne protège que les tiers.

PARAGRAPHE 1. — L'APPARENCE PERMET D'IGNORER TOUTE ABSENCE DE RAPPORT EXTRA-CAMBIAIRE

A. — *L'effet de commerce reste valable quelle que soit la cause de l'absence de rapport extra-cambialaire.*

Nous avons ici à envisager les hypothèses où l'absence de rapport extra-cambialaire ne résulte pas d'une fraude. Un effet de commerce a été souscrit sans qu'un rapport valable lui serve de cause, mais cela en dehors de toute fraude. L'absence peut alors résulter de la nullité, de l'extinction ou de l'inefficacité du rapport extra-cambialaire.

a) *Nullité du rapport extra-cambialaire* ¹.

270 — Il se peut d'abord que les conditions de forme propres au rapport extra-cambialaire n'aient pas été observées. Ainsi, l'effet a été souscrit en exécution d'une donation, mais cette donation avait été faite par acte seing-privé. Ainsi encore un billet de fonds a été émis en exécution d'une vente de fonds de commerce dont l'écrit ne renfermait pas toutes les mentions exigées par la loi. De tels effets ne sont pas touchés par le vice de forme du rapport extra-cambialaire, car, à l'égard du rapport cambialaire, il s'agit d'un élément caché.

La nullité du rapport extra-cambialaire peut tenir aussi à un défaut ou à un vice de consentement. Il faut se garder de confondre cette hypothèse avec celle où c'est le consentement au rapport cambialaire qui fait défaut ou qui est vicié ². Nous envisageons ici par exemple le cas de l'acheteur qui aurait été trompé par son vendeur et qui, par la suite, souscrirait un effet en exécution de la vente ; le dol affecte le contrat de vente, mais n'affecte pas la souscription de l'effet ; cet effet est pleinement valable.

1. Voir, notamment : T. Com. Marseille, 14 déc. 1934 (Rev. Marseille, 1935.1.323). — Besançon, 16 déc. 1935 (S., 36.2.116).

2. Voir n^{os} 306 et s.

Le défaut de capacité constitue une autre cause de nullité. Un mineur aliène un immeuble, alors qu'il en est incapable, et tire sur son acheteur une lettre de change : le rapport extra-cambial — ici la provision — est nul pour incapacité. Mais la lettre de change n'en est pas moins valable si le mineur, étant commerçant, avait capacité pour la signer.

Enfin, une dernière catégorie de nullité — la plus fréquente — tient au caractère illicite ou immoral de l'objet ou de la cause du rapport extra-cambial. L'exemple généralement cité est celui de l'effet signé en règlement d'une dette de jeu. Mais on peut concevoir de nombreuses autres hypothèses : effet souscrit pour entretenir les relations de concubinage, pour acheter une maison de tolérance, pour acheter la clientèle d'un médecin, etc... De toute façon, la cause illicite du rapport extra-cambial ne touche en rien la validité de l'effet de commerce¹.

b) Extinction du rapport extra-cambial.

271 — Le rapport extra-cambial n'existe plus au moment où le non-paiement à l'échéance ouvre les recours du change. Ici, comme dans le cas de nullité, il y a toujours une absence au plein sens du mot, puisque le recours cambial, lorsqu'il est exercé, ne repose sur aucune obligation sous-jacente. C'est donc avant l'échéance que doit intervenir la cause d'extinction pour qu'il y ait vraiment absence de rapport extra-cambial ; dans les effets payables à vue, et notamment pour le chèque il faut par conséquent que l'obligation sous-jacente soit éteinte avant l'émission de l'effet.

La cause d'extinction la plus normale est le paiement de la dette. Ainsi, le tiré d'une lettre de change peut, avant l'échéance, avoir payé au tireur la dette constitutive de la provision. Du paiement doit être rapprochée la remise de dette. Dans les deux cas, l'effet n'en conservera pas moins sa pleine valeur².

Le rapport extra-cambial peut aussi s'éteindre accidentellement. Cela se produira d'abord s'il y a compensation : le tireur, par exemple, qui avait émis l'effet parce qu'il était débiteur du bénéficiaire, est devenu son créancier pour une raison ou une autre. A côté de la compensation, on peut citer la confusion : les qualités de créancier et de débiteur sont réunies sur une même tête, par exemple à la suite d'une cession de créance. Compén-

1. Civ., 25 mai 1894 (DP., 94.1.457). — Req., 17 juillet 1905 (D., 06.1.72). — T. Com. Seine, 29 mai 1928 (GP., 28.2.658). — T. Com. Lyon, 16 mai 1929 (G. Com. Lyon, 5 mars 1930).

2. Civ., 31 oct. 1906 (S., 08.1.305). — Req., 23 juillet 1941 (D., 41.356). — T. Com. Seine, 27 fév. 1920 (GP., 20.1.651) (remise de dette).

sation et confusion ne touchent que le rapport extra-cambialaire et laissent intact l'effet de commerce¹.

Enfin, il peut y avoir résolution du rapport extra-cambialaire. Par exemple, l'effet avait été signé en règlement d'une vente de marchandise, et la découverte ultérieure de vices motive une action en résolution. Mais l'effet de commerce reste valable².

c) Inefficacité du rapport extra-cambialaire.

272 — Il est des cas dans lesquels le rapport extra-cambialaire, quoiqu'existant en théorie, est frappé d'inefficacité. Il n'y a pas alors à proprement parler absence de rapport extra-cambialaire, mais plutôt absence des actions auxquelles il donne droit. Comme pour l'extinction, et pour la même raison, nous n'avons à envisager que l'hypothèse où cette inefficacité se réalise avant l'échéance, et, pour les effets payables à vue, avant l'émission.

L'exception non adimpleti contractus constitue une première cause d'inefficacité. Supposons qu'une personne ait souscrit le titre en exécution d'un contrat synallagmatique, et que le preneur n'exécute pas les obligations issues de ce contrat ; le signataire pourrait alors, en droit commun, pour échapper lui-même à ses obligations, lui opposer l'exception non adimpleti contractus. Mais les recours cambialaires ne sont pas paralysés par cette exception³.

Autre cause d'inefficacité inopposable au porteur de bonne foi : la faillite du débiteur, qui pourtant confère au créancier un droit nouveau dans la masse et qui l'empêche de poursuivre personnellement. De la faillite on peut rapprocher la saisie-arrest pratiquée entre les mains du créancier extra-cambialaire, et qui a pour but d'empêcher ce créancier de recouvrer lui-même sa créance ; la saisie-arrest ne frappe pas d'inefficacité l'effet de commerce.

Une dernière cause d'inefficacité tient à l'exception d'extranéité. Par exemple, l'effet a été souscrit par un étranger au profit d'un étranger, en règlement d'un rapport extra-cambialaire justiciable des tribunaux étrangers ; en droit commun les tribunaux français sont alors incompétents et l'action portée devant eux peut être paralysée par l'exception d'extranéité ; en droit cambialaire, cette exception est inopposable⁴.

1. Req., 6 fév. 1906 (S., 06.1.65, note Lyon-Caen). — Req., 26 déc. 1906, (S., 07.1.270). — Poitiers, 28 mars 1933 (S., 34.2.24).

2. Lyon, 24 oct. 1924 (G. Com., Lyon, 30 sept. 1925). — Dijon, 17 fév. 1928 (Rec. Dijon, 1928, n° 63).

3. Com., 6 nov. 1957 (RTD. Com., 58.354, obs. Becqué-Cabrillac).

4. Req., 26 janvier 1833 (S., 33.1.100). — Req., 18 août 1856 (S., 57.1.586).

B. — L'effet de commerce reste valable quel que soit le rapport extra-cambialaire absent.

a) Absence de provision.

273 — L'absence de provision, créance du tireur sur le tiré, n'empêche pas le titre de produire ses effets. Il peut dès lors paraître inutile de conserver la notion de provision. Telle est bien la position des législations germaniques, mais telle n'est pas la position de notre droit, qui fait encore une large place à cette notion. Cette apparente contradiction s'explique par l'histoire de la lettre de change.

Lorsque celle-ci était un instrument de paiement à distance, il était indispensable que le tireur possédât des fonds chez le tiré ; ces fonds, qui constituaient la provision, étaient un élément essentiel de validité de la lettre de change, ainsi qu'en dispose l'ordonnance de 1673.

Lorsque la lettre de change devint surtout un instrument de crédit la notion de provision fut encore conservée, dans une mesure à titre de survivance, mais aussi parce qu'elle était conforme aux conceptions personnalistes du droit français : il n'est de rapport juridique qu'entre personnes ; le titre n'est qu'un écrit probatoire d'un rapport pré-existant entre deux personnes ; l'effet de commerce ne se conçoit donc pas sans provision. Telle est la position du code de commerce de 1808 et de la doctrine du XIX^{me} siècle.

Dans les législations de type germanique se faisait jour en même temps une conception inverse, issue des idées d'engagement unilatéral, d'obligation formaliste et abstraite : l'obligation cambialaire résulte du seul titre, et non des rapports antérieurs entre les parties, et notamment de la créance de provision. La provision n'est pas une pièce essentielle de la lettre de change¹. C'était déjà — plus ou moins consciemment — accorder le rôle principal à l'apparence.

Le heurt de ces deux conceptions se produisit lors de l'unification du droit cambialaire. Devant les divergences irréductibles qui se manifestèrent entre les Etats, la conférence de La Haye en 1912 et la convention de Genève de 1930 décidèrent sagement de laisser la question de la provision en dehors de la loi uniforme². En France, le législateur s'est contenté de maintenir le système du code de 1808. Comme par ailleurs la législation de

1. Larguier, op. cit., n° 202.

2. Article 16 de l'annexe II à la Convention : « La question de savoir si le tireur est obligé de fournir provision à l'échéance et si le porteur a des droits spéciaux sur cette provision reste en dehors de la loi uniforme. Il en est de même pour toute autre question concernant le rapport sur la base duquel a été émise la traite ».

1935 accorde la plus large place à l'idée d'apparence, on a pu remarquer que « la provision fait figure de rouage anachronique et brinquabalan¹ ».

274. — Les auteurs modernes ont tous senti la contradiction interne que renfermait notre législation cambiaire. A quoi bon conserver une théorie de la provision si l'apparence fonde seule le rapport cambiaire ? En réalité, la provision doit être maintenue, mais à condition d'être soigneusement limitée dans son rôle² ; elle n'est pas, elle ne peut plus être une condition de validité de l'effet de commerce, mais elle reste une garantie de paiement. Le porteur, en plus de l'action cambiaire qu'il a contre le tiré accepteur possède contre celui-ci une action extracambiaire issue de la créance de provision, qui est transmise à chaque endossataire du titre (art. 116, al. 3 c. com.). L'existence de la provision est une garantie de paiement ; c'est bien sous ce chef que l'étudient la plupart des auteurs modernes³.

Si cette solution ne fait plus guère de difficulté pour la lettre de change, il n'en est pas de même pour le chèque. La provision paraît ici un élément beaucoup plus important, puisque d'une part le banquier tiré peut valablement refuser de payer si le tireur n'a pas de provision⁴, puisque d'autre part l'absence de provision constitue une infraction pénale⁵. Le chèque, étant avant tout un instrument de paiement, ne paraît se concevoir que si le tireur a un crédit chez son banquier tiré. Il n'en reste pas moins qu'il faut décider que la provision n'est pas une condition de validité du chèque⁶. La solution ne fait plus de doute depuis la loi uniforme (art. 3), reprise par le d-l 1935, a expressément décidé que, faute de provision, la validité du chèque n'est pas atteinte.

Pas plus, donc, pour le chèque que pour la lettre de change, la provision n'est une condition de validité du titre. Celui-ci produira tous ses effets à l'égard des tiers de bonne foi, et le défaut de provision n'aura d'influence que dans les rapports entre le tireur et le tiré, toutes solutions conformes à la notion d'apparence. En dehors de là, la provision n'est qu'une garantie de paiement : son existence ne fonde pas le droit du porteur à être payé, elle lui confère seulement une sécurité supplémentaire.

1. Escarra, n° 1176.

2. Lescot et Roblot, I, n° 423.

3. Escarra, n°s 1175 et s. — Lescot et Roblot, n°s 358 et s.

4. Contre cet argument, on peut faire valoir que le banquier est obligé de payer selon le droit du change à partir du moment où il a signé le chèque, par visa de certification. Voir n°s 220 et 282, in fine.

5. Voir n° 232.

6. Percerou et Bouteron, II, n° 32. — Larguier, op. cit., n° 217. — M. Cabrillac (J. C. Banque, fasc. 8, n° 301) : « Le porteur ne doit pas avoir à souffrir d'une irrégularité que l'examen du titre ne pouvait lui révéler ».

b) *Absence de valeur fournie.*

275 — L'expression « valeur fournie » désignait primitivement la prestation effectuée ou à effectuer par le preneur au profit du signataire. Nous l'entendons ici dans un sens dérivé : il s'agit du rapport sous-jacent entre preneur et signataire qui n'implique pas nécessairement une prestation, puisqu'il peut consister en une libéralité¹.

La créance de valeur fournie constitue une deuxième catégorie de rapport extra-cambiaire, bien différente de la première catégorie qu'était la créance de provision. Alors que la provision, cause de l'engagement du tiré, ne pouvait se concevoir que pour les effets à rapport triangulaire, la valeur fournie, cause de l'engagement de chacun des autres signataires, se conçoit pour tous les effets de commerce. Pour tous, on peut distinguer deux sortes de valeur fournie :

— une valeur fournie originaire, la créance du bénéficiaire sur le créateur (tireur ou souscripteur) ;

— des valeurs fournies ultérieures, les créances de chaque endossataire sur chaque endosseur ; alors que la provision était unique pour un titre envisagé, les valeurs fournies peuvent être multiples, et leur nombre croît à mesure que l'effet circule.

Si le droit français a encore une certaine peine à considérer la provision comme non-essentielle, il a admis plus facilement et plus tôt que la créance de valeur fournie n'était pas une condition de validité de l'effet de commerce.

Lorsque la lettre de change était un instrument de paiement à distance, la valeur fournie était tout aussi indispensable que la provision : le preneur devait avoir fourni une valeur dans un lieu pour être autorisé à toucher l'équivalent dans un autre lieu. De cette époque date l'obligation de mentionner la valeur fournie sur le titre, imposée par l'ordonnance de 1673, puis le code de 1807. Cette exigence formaliste s'appliquait non seulement à la valeur fournie originaire, entre créateur et bénéficiaire (ancien art. 110), mais encore aux valeurs fournies ultérieures, entre endosseurs et endossataires (ancien art. 138). La nécessité d'une telle mention ne fut supprimée que par la loi du 8 février 1922.

Mais, dès avant cette réforme, les auteurs admettaient en général que l'existence d'une valeur fournie n'était pas une condition de validité de l'effet de commerce ; pour expliquer l'exigence de la mention de la valeur fournie, on en était venu² à la considérer comme la marque formelle du titre, analogue à ce qu'est

1. Voir n° 268 et la note.

2. Voir, par exemple, Thaller et Percerou. *Traité élémentaire*, n° 1852.

depuis 1935 la mention « lettre de change ». Il n'est plus aujourd'hui contesté que l'existence de la valeur fournie est indifférente à la validité du titre.

276 — En cette matière, une telle solution était plus facile à adopter qu'en matière de provision ; alors en effet que cette dernière est une garantie du paiement de l'effet, il n'en est pas de même pour la valeur fournie, dont l'existence importe peu au porteur du titre, pour les deux raisons suivantes :

— D'abord la propriété de la valeur fournie n'est pas transmise comme celle de la provision, si bien que le porteur ne peut pas exercer contre le signataire l'action extra-cambiaire afférente à la valeur fournie. Le porteur n'a que l'action cambiaire.

— Ensuite la valeur fournie n'est généralement pas, comme la provision, la cause de l'engagement du tiré, débiteur principal ; la valeur fournie est le plus souvent la cause de l'engagement d'un débiteur accessoire — tireur ou endosseur — et par conséquent ne revêt pas la même importance à l'égard du porteur qui réclame paiement.

Toutefois, cette dernière proposition n'est pas exacte en matière de billet à ordre et de warrant pour la valeur fournie originaire, car celle-ci est la cause de l'engagement du souscripteur, débiteur principal de l'effet. Et même en matière de lettre de change et de chèque, la valeur fournie originaire revêt une certaine importance, car, si elle n'est pas la cause de l'engagement du débiteur principal, elle est cependant la cause de la souscription de l'effet par le tireur et elle participe donc à la création du titre. Pour ces diverses raisons, certains auteurs n'hésitent pas à considérer la valeur fournie originaire comme la cause de l'effet lui-même. En réalité, pas plus qu'il n'y a vraiment de cause d'un contrat¹, il n'y a de cause d'un effet de commerce² ; seules les obligations de chaque souscripteur comportent chacune une cause. L'expression en question est de plus dangereuse, car elle risque de faire considérer comme nul un effet qui ne porterait pas de valeur fournie originaire, puisque ces effet serait sans cause ; or, cette solution n'est actuellement ni celle de la doctrine ni celle de la jurisprudence : la valeur fournie originaire, comme toute autre valeur fournie, n'est pas une condition de validité de l'effet de commerce.

PARAGRAPHE 2. — L'APPARENCE NE PROTÈGE QUE LES TIERS

277 — L'effet de commerce reste valable malgré l'absence de rapport extra-cambiaire, mais cette validité n'existe qu'à l'égard des tiers. Les parties au rapport vicié ne peuvent pas se prévaloir de la validité du titre pour en exiger le paiement : leur

1. Capitant. De la cause, n° 5.

2. Lescot et Roblot, I, n° 156.

action est alors paralysée par une exception de l'adversaire. C'est là une conséquence directe de l'idée d'apparence, puisque nous avons vu que celle-ci peut seulement se concevoir à l'égard des tiers ; entre parties, il n'y a pas d'apparence, seule compte la réalité. Il faut, par conséquent, distinguer suivant qu'il s'agit des parties ou des tiers.

A. — L'apparence ne protège pas les parties.

Une des parties au rapport vicié ne peut pas se prévaloir de l'élément visible pour réclamer paiement à l'autre partie. Cette solution est unanimement admise ; nous avons écarté¹, pour la lettre de change, l'argument contraire tiré faussement de l'art. 128, al. 2 c. com. Cela est logique, car l'apparence ne se conçoit pas entre parties. Cela est juste, car il serait trop facile de couvrir le vice d'une obligation par la souscription d'un effet de commerce.

a) Opposabilité du défaut de provision.

278 — Dans le cas de défaut de provision, les parties sont le tireur et le tiré ; le premier exerçant contre le second l'action cambiaire, peut toujours se voir opposer par celui-ci l'absence de provision, quelle que soit la cause de cette absence². Ainsi, le tireur ne pourrait plus agir contre le tiré qui l'aurait payé avant l'échéance de l'effet.

C'est alors au tireur de prouver l'existence de la provision puisque c'est lui qui agit en paiement. Toutefois, la charge de la preuve est renversée si le tiré a accepté la lettre de change ; la jurisprudence³ et la majorité de la doctrine⁴ considèrent, en effet, qu'une présomption simple découle des termes de l'art. 116, al. 4 : « L'acceptation suppose la provision... » Il est raisonnable de penser que le tiré a donné son acceptation parce que la provision lui a été fournie ou parce qu'il est certain qu'elle le sera à l'échéance. Dans ce cas, donc, c'est au tiré accepteur de prouver l'absence de provision pour échapper au recours du tireur.

b) Opposabilité du défaut de valeur fournie.

279 — Faute de valeur fournie originaire, le bénéficiaire de l'effet n'a pas d'action cambiaire contre le tireur ou le souscripteur. Faute d'une valeur fournie ultérieure, un endossataire ne

1. Voir n° 245.

2. Poitiers, 29 juin 1955.

3. Civ., 30 nov. 1897 (S., 98.1.360). — Req., 13 fév. 1928 (D., 29.1.15, note Chéron). — Civ., 16 juillet 1951 (JCP., 51.II.6513, note Lescot).

4. Escarra, n° 1179, 1°. — Ripert, n° 1804. — Lescot et Roblot, I, n° 391. — Lyon-Caen et Renault, IV, n° 172. — Lacour et Bouteron, n° 1241.

pourrait pas agir contre son endosseur. L'absence de rapport extra-cambialaire paralyse le recours cambialaire correspondant. Et il faut, semble-t-il, en décider ainsi alors même que l'effet reviendrait une seconde fois, après avoir circulé, entre les mains de l'endossataire qui est partie au rapport vicié ; le seul fait d'acquérir l'effet à la suite d'un nouvel endossement ne saurait lui conférer la qualité de tiers.

Peu importe la cause de l'absence de la valeur fournie. Il a, par exemple, été jugé que le bénéficiaire ne pouvait demander paiement au tireur si l'effet avait été émis en règlement d'une dette de jeu¹, pour favoriser les relations de concubinage², ou encore en exécution de la vente d'une maison de tolérance³, que le porteur ne pouvait plus agir contre son endosseur qui était devenu son créancier, ce dernier lui opposant alors valablement l'exception de compensation⁴.

Comme pour la provision, il faut admettre que la signature du débiteur sur l'effet constitue une présomption simple d'existence de la valeur fournie. C'est donc à ce débiteur, tireur, souscripteur ou endosseur, de prouver, pour se libérer, l'absence de valeur fournie. Il le fera en établissant l'existence d'une cause de nullité, d'extinction ou d'inefficacité du rapport extra-cambialaire.

c) Hypothèses d'inopposabilité entre parties.

280 — Il y a certaines hypothèses de nullité du rapport extra-cambialaire dans lesquelles l'effet de commerce conserve pleine efficacité entre parties. Cette solution inattendue ne constitue pas, comme on pourrait le croire, une exception au principe d'après lequel l'apparence ne peut avoir d'effet entre parties. En réalité, dans ces cas, la souscription de l'effet de commerce couvre la nullité du rapport extra-cambialaire, qui, dès lors, ne fait plus défaut⁵. Voici ces hypothèses :

— Il est possible qu'un vice du consentement, affectant le rapport extra-cambialaire, n'affecte plus la souscription de l'effet. Un acheteur a été trompé par son vendeur, mais signe par la suite un chèque en règlement de la vente, alors qu'il n'est plus sous l'emprise du dol. Ce faisant, il couvre le vice et ne peut plus s'en prévaloir pour refuser le paiement de l'effet.

— On peut aussi concevoir qu'une personne, incapable lors de la formation du rapport extra-cambialaire, soit devenue capable

1. Crim., 19 juillet 1929 (DP., 33.1.26, note Capitant). — J. Bouteyron. La jurisprudence du chèque, p. 160 et s.

2. Civ., 11 mars 1918 (D., 18.1.100). — Paris, 4 juin 1951 (D., 51.5.77).

3. Req., 17 juillet 1905 (D., 06.1.17).

4. Dijon, 6 mai 1887 (S., 88.2.170).

5. Lescot et Roblot, I, n° 309.

au moment de la souscription de l'effet ; cette personne ne peut pas opposer son incapacité au porteur de l'effet.

— Enfin, dans le cas d'une donation consentie par acte sous-seing privé, on peut admettre que la remise de l'effet couvre le vice car elle équivaut à un don manuel.

Dans ces trois hypothèses, le vice du rapport extra-cambialaire disparaît par suite de la souscription de l'effet, et c'est la raison pour laquelle les parties elles-mêmes sont engagées dans le droit du change. Cela ne touche en rien l'idée d'apparence.

B. — *L'apparence protège les tiers.*

281 — A l'égard des tiers de bonne foi, c'est l'apparence qui joue : ces tiers peuvent compter sur l'élément visible sur la forme du titre¹. Personne ne peut leur opposer les exceptions résultant de l'absence d'un rapport extra-cambialaire. La validité de l'effet est donc entière à leur égard, et cela s'applique à tous les recours cambialaires qu'ils peuvent exercer.

a) *Recours exercé contre le tiré.*

282 — Le tiré ne peut opposer au porteur ou aux endosseurs l'absence du rapport extra-cambialaire qui le concerne, c'est-à-dire l'absence de provision, à condition que ce tiré se soit introduit dans le droit du change.

Pour la lettre de change, cette introduction du tiré dans le droit du change résulte de son acceptation. La jurisprudence² a parfois voulu expliquer cette solution en se fondant sur une phrase suivant dans l'article 116 du c. com. l'alinéa déjà cité : « l'acceptation suppose la provision. Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs ». La présomption de provision, a-t-on dit, simple dans les rapports entre tireur et tiré, devient irréfragable à l'égard du porteur et des endosseurs. Cette explication aboutit bien au résultat cherché (le tiré accepteur ne peut pas se libérer en prouvant l'absence de provision), mais elle obscurcit bien inutilement le problème³ : aux yeux des tiers, il n'y a pas plus de présomption de provision que de provision, il y a seulement la

1. Il faut encore que cet élément visible existe. Il n'existe pas si le titre porte la mention d'un rapport extra-cambialaire immoral ou illicite, car alors la seule lecture permet aux tiers de connaître la nullité.

2. Req., 23 déc. 1903 (D., 05.1.358). — Req., 13 fév. 1928 (D., 29.1.15, note Chéron). — Voir aussi : Thaller et Percerou, n° 1530. — Larguier, op. cit., n°s 206 et 208.

3. Cette explication est un résidu de la conception contractuelle des effets de commerce : le rapport cambialaire ne pouvant se fonder que sur l'existence d'un rapport sous-jacent, il fallait présumer que ce dernier rapport existait quand le premier vivait de façon autonome.

signature du tiré. C'est cette signature qui fonde le recours cambiaire exercé contre lui par un tiers¹, et il n'y a pas lieu de distinguer suivant que ce tiers est le porteur ou un endosseur, puisque l'acceptation crée la même apparence à l'égard de tous.

Pour le chèque, l'introduction du tiré dans le droit du change ne résulte pas seulement de sa signature sur le titre, mais aussi de l'existence même de ce titre. Le banquier marque, en effet, sa volonté de participer aux rapports cambiaux en délivrant à son client des formules de chèques ; les tiers ne peuvent donc exercer les recours cambiaux qu'à l'encontre du banquier dont le nom apparaît sur les formules de chèques. Mais le banquier peut également refuser de payer si le tireur n'a pas fait provision. L'engagement cambiaire du banquier ne devient totalement abstrait que lorsqu'il a signé le chèque, par un visa ou une certification ; alors le porteur du chèque peut compter exercer valablement un recours contre le tiré, sans avoir à se préoccuper de l'existence d'un rapport sous-jacent.

283 — Mais le porteur n'a pas seulement contre le tiré l'action cambiaire issue de la signature de ce dernier. Il peut aussi exercer l'action extra-cambiaire afférant à la provision. C'est la conséquence principale des termes de l'al. 3 de l'art. 116 c. com. : « la propriété de la provision est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change », et de ceux de l'al. 1 de l'art. 17 D-L 1935 : « l'endossement transmet tous les droits résultant du chèque et notamment la propriété de la provision »². Dans cette seconde action, extra-cambiaire, il va sans dire que c'est l'existence de la provision qui fonde le recours exercé par le porteur contre le tiré ; le porteur devra donc prouver l'existence de la provision, mais il évitera, en contrepartie, si le tiré est déclaré en faillite, le concours avec les autres créanciers. Cette action extra-cambiaire est une manifestation du rôle de garantie joué par la provision.

b) Recours exercé contre le tireur.

284 — Comme le tiré, le tireur est engagé par sa signature et non par le rapport extra-cambiaire auquel il est partie. L'absence de rapport extra-cambiaire sera donc sans effet ici encore à l'égard des tiers de bonne foi, porteurs ou endosseurs. C'est pourquoi le tireur ne peut opposer aux tiers :

1. En ce sens : Civ., 19 mars 1939 (D., 41.J.68., note M^{me} de Lagrange). — Lescot et Roblot, I, n° 390.

2. L'expression « propriété de la provision » est un souvenir du temps où la provision s'analysait en une masse de biens fournis par le tireur au tiré : un droit réel sur ces biens pouvait se concevoir. Depuis que la provision désigne un droit de créance, le terme « propriété » n'est plus exact. Mais il est traditionnel et expressif.

— Ni l'absence de valeur fournie originaire¹, alors pourtant que celle-ci constitue la cause de la souscription du tireur.

— Ni, *a fortiori*, l'absence de provision. Dans ce dernier cas, l'idée d'apparence est renforcée par une considération d'équité : il ne serait pas juste que le tireur puisse se prévaloir du défaut de provision, qui lui procure un enrichissement.

Cette dernière considération permet de comprendre la situation défavorable réservée par les art. 156, al. 2 et 116, dernier al., c. com., vis-à-vis du porteur négligent, au tireur qui n'a pas fait provision. Alors que le porteur négligent perd tous ses autres recours, il conserve néanmoins celui contre le tireur si ce dernier n'a pas fait provision. C'est là une véritable sanction imposée au tireur : il est fautif, et la seule négligence du porteur ne doit pas lui permettre de s'enrichir. C'est alors au tireur de prouver l'existence de la provision pour échapper au recours du porteur négligent : l'acceptation ne saurait ici constituer une présomption, puisque le recours n'est pas dirigé contre le tiré.

c) Recours exercé contre les endosseurs.

285 — Pas plus que dans les recours précédents, l'absence de rapport extra-cambialaire n'a aucun effet dans les recours exercés contre les endosseurs. Ceux-ci ne peuvent opposer aux tiers de bonne foi — porteur ou endosseurs postérieurs — l'absence d'un rapport extra-cambialaire, quel que soit ce rapport et quelle que soit la cause de son absence.

Ainsi, un endosseur ne pourrait se libérer envers un tiers en prouvant la nullité de la dette de valeur fournie qu'il avait à l'égard de son endossataire, ou encore l'extinction ou l'inefficacité de cette dette. Ledit endosseur ne pourrait *a fortiori* opposer l'absence de provision, qui n'enlève rien à la validité du titre. Mais cette absence de provision ne résulte pas d'une faute de l'endosseur et ne lui procure aucun enrichissement ; aussi, il peut toujours, à la différence du tireur, repousser le recours du porteur négligent, alors même qu'il n'y aurait pas provision. La solution contraire, soutenue par certains auteurs sur le fondement de l'art. 116, al. 5 c. com., doit être écartée².

SECTION II. — ABSENCE FRAUDULEUSE DE RAPPORT EXTRA-CAMBIALIRE

286 — Des problèmes nouveaux se posent lorsque c'est à la suite d'une fraude que l'un des rapports extra-cambialaires fait défaut, car des intérêts opposés viennent alors concurrencer ceux des tiers de bonne foi. Il en est ainsi dans trois hypothèses :

1. — Civ., 19 nov. 1928 (D., 30.1.75, note Chéron). — Civ., 1^{er} juillet 1931 (D., 32.1.12, note J.-Ch. Laurent).

2. Lescot et Roblot, I, n° 389.

Il se peut d'abord que plusieurs personnes s'entendent pour créer ou pour faire circuler un effet de commerce sans que cela repose sur aucun rapport sous-jacent. C'est le problème des effets de complaisance.

— Un titre peut aussi être mis frauduleusement en circulation alors que tout ou partie de sa rédaction ne correspond pas à la réalité. L'absence de rapport extra-cambialaire résulte alors de la fausseté des mentions.

— Il est enfin possible que le titre, au cours de son existence, soit perdu, volé ou détourné, et qu'une personne peu scrupuleuse le remette en circulation. Cette remise en circulation ne repose évidemment sur aucun rapport extra-cambialaire et pose le problème de la dépossession involontaire.

PARAGRAPHE I. — LES EFFETS DE COMPLAISANCE

A. — *Le principe de la nullité.*

287 — La notion d'effet de complaisance a été appliquée à toutes sortes d'effets frauduleux. Nous l'envisageons ici en raison de son élément spécifique, qui, pour nous, est la complaisance, constitutive de la fraude. L'un des souscripteurs, complaisant, consent, dans un but frauduleux et pour rendre service à un autre, complu, à signer un effet alors que cela ne correspond à aucun rapport extra-cambialaire véritable.

La fraude aboutit donc à une absence de rapport extra-cambialaire :

— Il s'agit le plus souvent d'une absence de provision. La lettre de change est acceptée par un tiré complaisant qui ne doit rien au tireur complu.

— Ce peut aussi être une absence de valeur fournie, et cela permet de comprendre qu'il existe des billets de complaisance ; ainsi, un billet à ordre est créé par un souscripteur complaisant au profit d'un bénéficiaire complu.

— On peut concevoir aussi des combinaisons plus compliquées. Par exemple, une lettre de change est tirée par une personne complaisante sur une autre personne complaisante, au profit d'un bénéficiaire complu. Ici, il y a à la fois absence de provision et absence de valeur fournie originale.

Il convient d'abord de résoudre une question de terminologie qui oppose la jurisprudence à la doctrine. Cette dernière¹ envisage des effets qui, tout en étant voisins, ne sont pas de complaisance : ce sont ceux dans lesquels l'accord du complaisant et du complu n'a rien de frauduleux (effets de cautionnement ou d'ouverture de crédit, par exemple) : le complaisant a réellement voulu

1. Voir, par exemple : Lescot et Roblot, II, n^{os} 960 et s.

garantir le crédit du complu. La jurisprudence¹ elle, paraît considérer de tels effets comme des effets de complaisance, mais du coup elle est amenée à distinguer les « bons » effets de complaisance — qui sont ceux dont nous venons de parler — et les « mauvais » effets de complaisance — qui impliquent une fraude. Divergence purement terminologique : la jurisprudence admet la pleine validité des « bons » effets de complaisance, comme la doctrine celle des effets qui ne sont pas de « pure complaisance » ; puisqu'il n'y a pas fraude on retombe en effet dans le cas général d'absence de rapport extra-cambial, et même on peut considérer qu'il existe un rapport extra-cambial, consistant dans l'ouverture de crédit, la promesse de prêt ou la libéralité.

288 — Par contre, les « mauvais » effets de complaisance de la jurisprudence, qui sont pour nous les seuls effets de complaisance, soulèvent une difficulté nouvelle, en raison de la fraude qui les entache. Notre droit positif, fidèle à ses traditions personnalistes, a été impressionné par le but frauduleux de la souscription, il n'a pas osé considérer les effets de complaisance comme valables : la jurisprudence, dans sa majorité, les déclare nuls. Et puisque l'absence de rapport extra-cambial ne peut, à elle seule, comme nous l'avons vu, être une cause de nullité, la jurisprudence fonde en général cette nullité sur la fraude, faisant appel au principe général de l'art. 6 du c. civ.² C'est là, en effet, la seule explication possible d'une telle nullité, et une doctrine autorisée³ n'hésite pas à parler, à propos de l'engagement cambial des souscripteurs, de cause illicite.

Nous voici donc arrivés à une conclusion apparemment inverse de celle admise dans le cas où le défaut de rapport extra-cambial ne résulte pas d'une fraude ; alors que dans ce premier cas l'effet était valable, ici il est nul. En fait, derrière ces principes opposés se cachent les mêmes solutions, ce qui montre la valeur souvent trompeuse accordée aux mots. Comme dans le cas précédent, en effet, il est admis que les tiers, malgré la complaisance, conservent leurs recours cambiaux, fondés sur l'apparence et non sur les rapports extra-cambiaux. La fraude ne saurait avoir d'effet « corrupteur » qu'à l'égard des personnes qui s'en sont rendues coupables ; il ne serait ni juste ni logique que les tiers en pâtissent. Arrivant par des voies différentes aux mêmes solutions

1. — Civ., 20 oct., 1924 (S., 25.1.105, note Laurent). — Civ., 1^{re} août 1938 (S., 38.1.324). — Req., 28 nov. 1944. — Montpellier, 9 nov. 1950 (D., 51.5.23).

2. Req., 18 oct. 1943 (S., 44.1.18).

3. Lescot et Roblot, II, n° 971. — Ripert, n° 1787. Il faut bien préciser que la cause immorale ou illicite n'est pas ici celle du rapport sous-jacent (comme, par exemple, dans un effet émis en règlement d'une dette de jeu), mais celle du rapport cambial lui-même. Comme le remarque M. Friedel (op. cit., n° 83, note 3), dans le premier cas l'obligation est nulle pour absence de cause, dans le second pour cause illicite.

que dans le cas précédent, on peut se demander, avec M. Escarra, s'il y a bien un problème des effets de complaisance.

B. — *L'inopposabilité de la nullité aux tiers.*

289 — Au lieu de parler, comme tout à l'heure, de validité limitée aux tiers de bonne foi, on va parler, ce qui revient au même, de nullité inopposable aux tiers de bonne foi.

La nullité produit tous ses effets entre parties, c'est-à-dire entre complaisant et complu. Cela est conforme à l'idée d'apparence puisque, nous l'avons constaté maintes fois, celle-ci ne se conçoit qu'à l'égard des tiers. Les conséquences sont les suivantes :

— L'une des parties à la complaisance ne peut pas demander paiement à l'autre partie. Ainsi, dans le cas le plus fréquent, le tireur complu ne peut exercer contre le tiré complaisant une action cambiaire.

— L'une des parties à la complaisance, sur le paiement qu'elle aurait fait, ne peut exercer l'action cambiaire en remboursement contre l'autre partie. Il n'y a pas là, comme paraît quelquefois le considérer la jurisprudence¹, une application de la maxime « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », mais bien une conséquence de l'idée que l'apparence ne saurait produire aucun effet entre parties².

La nullité des effets de complaisance est inopposable aux tiers de bonne foi. C'est là un point sur lequel — chose rare en cette matière — tout le monde est d'accord : il est fait application, pour protéger les tiers de bonne foi, du principe de l'inopposabilité des exceptions. Cette solution était inéluctable : la fraude, fondement de la nullité, consistant précisément dans le fait de tromper les tiers sur le crédit du complu, il fallait de toute nécessité que l'apparence créée ne pût porter préjudice à ces tiers³. Ceux-ci, s'ils sont de bonne foi⁴, peuvent compter sur l'élément visible, sur la régularité de la forme. C'est bien là qu'il faut chercher le fondement de l'inopposabilité, et non, comme on a quelquefois songé à le faire⁵, dans une responsabilité délictuelle : le débiteur cambiaire n'est pas tenu par sa faute, il l'est en vertu de l'apparence créée.

Les conséquences de l'inopposabilité sont les suivantes :

— Le porteur de bonne foi peut demander paiement de l'effet à n'importe quel signataire : tiré, tireur ou endosseurs.

1. Req., 8 juin 1891 (D., 92.1.136).

2. Lescot et Roblot, II, n° 988. Il faut préciser que, faute d'action cambiaire, le complaisant a certainement une action « de in rem verso » contre le complu.

3. — Larguier, op. cit., n° 207.

4. La bonne foi est d'ailleurs d'une nature spéciale en cette matière. Voir n° 343.

5. Dramand. Traité des effets de complaisance en droit civil et commercial et en droit pénal, 1880, nos 76 et s.

— L'endosseur de bonne foi qui a payé peut exercer un recours en remboursement contre les précédents signataires du titre.

290 — On aboutit finalement au même résultat que pour l'absence non frauduleuse de provision. Cette absence non frauduleuse ne rendait pas l'effet nul, mais paralysait les recours entre parties¹. La complaisance annule l'effet, mais cette nullité est inopposable aux tiers de bonne foi. On peut se demander s'il ne serait pas plus simple et plus logique de trouver dans les deux cas la même explication. Le propre des titres de crédit étant de produire des effets à l'égard des tiers, peut-on bien parler de nullité quand cette nullité est inopposable aux tiers ?².

Cela nous paraît relever en définitive du plus pur verbalisme, alors surtout que tout le monde est à peu près d'accord sur le résultat. Que l'absence de rapport cambiaire résulte ou non d'une complaisance, cette absence ne saurait paralyser les droits des tiers de bonne foi, qui ont pu compter sur la régularité de la forme. Dans l'hypothèse des effets de complaisance, le problème posé par la fraude n'a pas à modifier les solutions admises dans le cas général.

PARAGRAPHE 2. — LA FAUSSETÉ DES MENTIONS

291 — La fraude peut consister à faire circuler un titre portant des mentions mensongères, ce qui a pour effet de créer un élément visible différent de l'élément caché, des obligations cambiaires ne reposant sur aucun rapport extra-cambiaire.

On a parlé quelquefois, en cette matière, de vice de forme. A notre avis, c'est là étendre à l'excès la notion de vice de forme : du moment que toutes les mentions obligatoires existent, la forme est régulière ; la fausseté des mentions n'est pas apparente, elle n'est donc pas un vice de forme, mais un vice de fond.

La fraude pose encore ici des problèmes nouveaux, qui varient selon sa nature :

— la fraude peut se manifester lors de la souscription de l'effet, par l'inscription de mentions mensongères ; c'est l'hypothèse de la supposition ;

— la fraude peut aussi intervenir après la souscription de l'effet, par la modification de mentions déjà existantes ; il y a alors altération ;

— il peut enfin arriver que plusieurs exemplaires d'un même effet soient mis en circulation, comme si chacun constituait un effet distinct, c'est alors le titre tout entier qui est mensonger.

1. La seule différence, plus théorique que pratique, consiste dans la qualification de ces parties : tireur et tiré pour un effet sans provision, complaisant et complu pour un effet de complaisance.

2. Certains auteurs sont partisans de la validité des effets de complaisance. Voir, par exemple : Lacour et Bouteron, II, n° 1393. — Wahl, note au S., 1900.2.153.

A. — *Supposition de mentions.*

292 Un effet de commerce est souscrit alors que les mentions sont mensongères¹ ; la fraude est constituée par la simulation dont s'est rendu coupable l'auteur desdites mentions. Le porteur de bonne foi entre les mains de qui le titre est parvenu pourrait-il se faire payer suivant les mentions qu'il voit, comme le commanderait la théorie de l'apparence ? La réponse à cette question varie suivant que la fraude fait ou non apparaître, en face des tiers de bonne foi, une autre personne qui mérite protection parce que sa signature a été imitée. Il faut donc distinguer suivant que la supposition porte sur une simple mention explicative ou sur une signature.

a) *Supposition d'une simple mention explicative.*

293 — Lorsque ce n'est pas la signature qui est fausse, mais seulement une ou plusieurs des autres mentions du titre, rien n'empêche d'appliquer pleinement l'idée d'apparence, puisque la protection des tiers de bonne foi ne se heurte à aucune nécessité concurrente. En 1807, l'ancien art. 112 c. com., réputait simples promesses les lettres de change qui contenaient une supposition ; mais, dès 1935, on considérait que de tels titres conservaient pleine valeur à l'égard des tiers de bonne foi. Cette solution ne fait plus de doute depuis la nouvelle législation, qui a supprimé l'ancien art. 112 ; il reste seulement que les tiers ont un droit supplémentaire qu'ils tiennent de la simulation : celui d'écarter, s'ils y ont intérêt, l'apparence, et de se prévaloir de la réalité contre les auteurs de la fraude.

294 — *L'effet de commerce conserve pleine valeur à l'égard des tiers de bonne foi.* Ceux-ci peuvent considérer comme exactes les mentions supposées, quelles qu'elles soient :

— Au cas de supposition de date, les tiers de bonne foi n'ont à considérer que l'échéance indiquée sur le titre. Cela concerne non seulement le porteur, qui peut demander paiement à la date mensongère, mais encore le débiteur cambiaire qui, s'il n'est pas l'auteur de la fraude, est libéré en payant à la dite date.

— Même solution en cas de supposition de lieu : les tiers de bonne foi peuvent tenir le lieu indiqué pour exact.

— Les tiers de bonne foi peuvent enfin considérer comme exacte la mention de la somme à payer, alors même qu'elle serait supposée. Les tiers du côté actif ont ici un intérêt opposé à celui

1. La supposition, remarquons-le, n'intervient pas nécessairement lors de la création de l'effet de commerce. Elle peut intervenir au cours de l'existence du titre, par une régularisation contraire aux accords ; dans ce cas, le porteur postérieur est dans la même situation que le porteur d'un effet faux ab initio. Voir n° 254.

des tiers du côté passif ; si, par exemple, le titre mentionne une somme inférieure à la réalité, les tiers actifs ne peuvent demander que la somme inscrite, car les tiers passifs ne sont redevables que de cette somme apparente.

La solution est toutefois différente dans deux hypothèses, car la supposition aboutit à vicier le rapport cambiaire lui-même ; ce sont alors les règles propres à ce vice qui trouvent à s'appliquer :

— Il en est ainsi d'abord quand la supposition de date a eu pour but de masquer l'incapacité du signataire mineur. Dans ce cas, comme nous le verrons, le vice est, par exception, opposable aux tiers de bonne foi¹.

— On peut concevoir en second lieu qu'un vice de consentement résulte de la supposition. Ainsi, le souscripteur peut avoir été déterminé à signer par la fausse qualité que s'est donnée sur le titre un précédent signataire. Le dol qui vicie alors le consentement du souscripteur en question est opposable à celui qui s'en est rendu coupable².

295 — *Les tiers peuvent, s'ils y ont intérêt, écarter l'apparence pour s'en tenir à la réalité.* Cette solution, que nous rencontrons ici pour la première fois, est une conséquence de la fraude qui entache la rédaction du titre ; on applique, en effet, le droit commun de la simulation en décidant que les tiers de bonne foi peuvent invoquer l'acte secret (art. 1321 c. civ.). Cela ajoute une possibilité nouvelle au profit des tiers, mais ne heurte en rien l'idée d'apparence : celle-ci conserve tous ses effets, mais elle peut accessoirement être écartée par les tiers eux-mêmes s'ils y ont intérêt ; leur bonne foi ne risque donc pas d'être surprise, ni la circulation des titres d'être compromise³.

Cette solution, en effet, est moins dictée par le souci de protéger la victime de la fraude que par celui d'en punir l'auteur. Il ne faudrait pas que la simulation aboutisse à profiter à son auteur : pour cette raison, les tiers ont une option entre l'acte apparent et l'acte caché ; ils peuvent, s'ils y ont intérêt, se prévaloir de ce dernier, mais à l'encontre seulement des auteurs de la fraude, c'est-à-dire de ceux qui se sont rendus coupables d'inscrire sciemment des mentions fausses. Ainsi, le porteur d'une lettre de change ne pourrait certainement pas opposer au tiré la réalité cachée, alors que la mention fausse avait été inscrite par le tireur, sans la complicité du tiré ; ainsi encore un endosseur intermédiaire ne pourrait invoquer la simulation contre ceux qui ont reçu l'effet après eux, à moins que ces porteurs ultérieurs ne se soient rendus complices de la fraude.

1. Voir n° 315.

2. Voir n° 308.

3. Lescot et Roblot, I, n° 215. — Contra : Lyon-Caen et Renault, IV, n° 480.

b) *Supposition de signature.*

296 — L'idée d'apparence est heurtée de front lorsque la supposition porte sur une signature ; s'il était possible de considérer comme exactes des mentions en date, de lieu ou de somme, qui en fait ne l'étaient pas, il est, en revanche raisonnablement impossible de considérer comme tenue, selon le droit du change, une personne qui n'a pas signé, quelle que soit la nature de la supposition :

— Si la fausse signature est celle d'une personne imaginaire (signature fictive), il est bien évident que l'idée d'apparence ne peut trouver à s'appliquer, car le débiteur apparent n'existe même pas. La protection des tiers de bonne foi se heurte alors à une impossibilité naturelle : malgré la confiance qu'ils ont pu mettre dans la signature, on ne peut les considérer comme titulaires d'une créance dont le sujet passif est imaginaire.

— Si la fausse signature est celle, imitée, d'une personne réelle (fausse signature proprement dite), on pourrait, à la rigueur, concevoir que cette personne soit tenue, puisqu'il n'y a pas d'impossibilité naturelle ; mais l'idée d'apparence se heurte dans ce cas à une impossibilité logique : celui dont la signature a été imitée ne saurait être engagé selon le droit du change, car il n'a pas voulu s'obliger et n'est pas responsable de l'imitation de sa signature. La protection de la victime de la fraude doit, de toute nécessité, passer avant celle des tiers de bonne foi ; ces derniers savaient au moins qu'ils couraient certains risques à participer à la circulation du titre, alors que la personne dont la signature a été imitée est restée totalement étrangère aux rapports cambiaires, son consentement faisant absolument défaut. L'exception de faux est donc opposable par la victime du faux à tout porteur¹.

297 — La théorie de l'apparence reçoit par conséquent, en matière de supposition de signature, sa première atténuation : le signataire apparent n'est jamais obligé, qu'il soit ou non imaginaire². Mais là se cantonne la part faite à la réalité : malgré la

1. Laurent, op. cit., n°s 156 et s. — Friedel, op. cit., n° 92. — Rouen, 26 avril 1893 (Rec. Jurid., Le Havre, 93.2.169). — Rouen, 6 avril 1899 (Rec. jurid., Le Havre, 99.3.58). — Lyon, 20 fév. 1934 (JCP., 54.IV.82). Un arrêt tout récent de la Cour de Paris, 12 mai 1958 (D., 58.J.641) rompt avec cette jurisprudence bien établie en considérant l'exception de faux comme inopposable au porteur de bonne foi, ce qui aboutit à pousser à l'extrême les conséquences de l'apparence. Mais, comme le marque le commentateur, M. Goré, il ne faut pas attacher une trop grande importance à cette décision, guidée par des raisons d'espèce.

2. La victime du faux est cependant engagée si elle a commis une négligence ; l'application de cette idée est très fréquente en matière de chèque, quand la victime a laissé son carnet de formules à la disposition d'un tiers qui en a abusé. Mais il s'agit alors d'une responsabilité quasi-délictuelle, et non d'un engagement cambiaire. Com., 10 oct. 1956 (RTD. Com., 57 148, obs. Becqué-Cabrilac). — Com., 5 janv. 1957 (RTD. Com., 57, 416, obs. Becqué-Cabrilac).

fausseté d'une signature, les autres signataires du titre demeurent engagés¹. C'est une application du principe de l'indépendance des signatures posé par la loi uniforme de Genève et repris par la législation de 1935 (lettre de change et billet à ordre : art. 114, al. 2 c. com. ; chèque D-L 1935, art. 10). L'effet de commerce reste donc valable à l'égard des autres signataires, quelle que soit la signature mensongère.

Il en est d'abord ainsi dans le cas où la fausse signature est celle du créateur du titre, tireur ou souscripteur. Avant 1935, on avait quelque peine à admettre qu'un effet de commerce vicié aussi profondément dès sa création, pût conserver une valeur dans la suite de son existence. Si la doctrine² était en général favorable à l'indépendance des signatures, la jurisprudence³, dans sa majorité, refusait toute valeur à de tels effets. Depuis 1935, le doute n'est plus possible : si la signature du tireur ou du souscripteur est fausse, tous les autres signataires restent engagés. Cette remarquable manifestation de l'idée d'apparence se justifie du côté actif comme du côté passif :

— Du côté actif, les tiers de bonne foi pouvaient compter sur l'engagement des personnes dont la signature figure sur le titre ; s'il est impossible, pour les raisons que nous avons dites, de considérer comme engagé le créateur du titre, il est, par contre, tout à fait possible de considérer les autres signataires comme valablement engagés.

— Du côté passif, ces autres signataires devaient compter être engagés, puisqu'ils avaient apposé leur signature sur un titre qui avait toute l'apparence de la régularité⁴.

Le principe de l'indépendance des signatures s'applique *a fortiori* si la signature fausse n'est pas celle du créateur du titre. S'il s'agit de celle du tiré, la solution n'a jamais été contestée, même avant 1935, le tiré n'est pas tenu selon le droit du change, mais tous les autres signataires le sont. Même solution si la signature d'un endosseur a été imitée : non seulement les autres signataires restent engagés, mais encore la fausse signature conserve sa valeur comme maillon de la chaîne des endossements.

B. — *Altération de mentions.*

298 — La fraude peut consister non plus à inscrire des mentions mensongères dès l'origine, mais à modifier des mentions déjà existantes : celles-ci, correctes à l'origine, deviennent fausses à un certain moment de la vie du titre.

1. Avant 1935, on avait tendance à considérer l'effet comme radicalement nul. Voir Laurent, op. cit., p. 155.

2. Thaller. De la nature juridique des titres de crédit. Ann. Dt. Com., 1906.71. — De La Gressaye. Théorie juridique des titres à ordre RTD. Civ., 1926, n° 58. — Lacour et Bouteron, II n° 1300.

3. Civ., 5 fév. 1908 (D. 08.1.175).

4. Larguier, op. cit., n° 194.

L'altération ne peut pas porter sur une signature, car une telle modification ne se conçoit pas ; cela élimine les problèmes que nous avons vus à propos de la fausse signature. Le plus souvent, l'altération consiste dans la majoration frauduleuse du montant de l'effet (un zéro, par exemple, ajouté au chiffre primitif) ; il peut s'agir aussi de la modification d'une date, de l'insertion d'une clause nouvelle ou de la suppression d'une mention originale. En plus de ceux propres à la supposition, l'altération pose un problème nouveau, car certaines personnes ont connu l'élément visible antérieur à l'altération, alors que d'autres ont connu l'élément visible postérieur¹.

L'application de la théorie de l'apparence conduit dans cette hypothèse à une alternative inévitable : ou bien on considère que chacun est créancier dans les termes qu'il a connus, ou bien que chacun est débiteur dans les termes qu'il a connus. Il y a donc conflit entre la protection par l'apparence du sujet actif, et celle, par la même apparence du sujet passif. C'est ce dernier qui a été préféré par la loi uniforme de Genève, suivant en cela les solutions déjà admises en France et en Allemagne : les signataires postérieurs sont tenus dans les termes du texte altéré, les signataires antérieurs le sont dans les termes du texte original (lettre de change et billet à ordre : art. 178 c. com. ; chèque D-L 1935, art. 51). L'idée d'apparence s'applique donc au sujet passif du rapport cambiaire ; mais cette idée, du même coup, ne peut plus s'appliquer au sujet actif. Le législateur avait à choisir, il l'a fait au profit du débiteur et au détriment du créancier, solution conforme à l'esprit général de notre droit (cf. notamment l'art. 1162 c. civ.).

299 — Le porteur de bonne foi ne pourra donc pas toujours exercer ses recours dans les termes du titre qu'il a entre les mains. Il ne pourra le faire qu'à l'encontre des signataires postérieurs à l'altération. Contre les signataires antérieurs, son recours devra être conforme aux termes originaux du titre :

— S'il y a eu majoration frauduleuse du montant de l'effet, le porteur de bonne foi ne peut agir que jusqu'à concurrence de la somme primitive, alors pourtant qu'il ignorait cette somme.

— S'il s'agit d'une altération de date, les signataires antérieurs n'ont à payer qu'à l'échéance primitivement portée sur le titre.

— Si une clause nouvelle a été insérée, le porteur de bonne foi ne peut s'en prévaloir.

— Si, enfin, une clause originale a été supprimée, le porteur doit tenir compte de cette clause comme si elle existait.

1. Le problème est dans une certaine mesure analogue à celui qui se posait à propos de la régularisation tardive. Mais, ici, il n'y a jamais eu absence d'élément visible ; il y a deux éléments visibles qui se succèdent dans le temps. Voir n° 253.

Les droits du porteur de bonne foi sont, par conséquent, sacrifiés à ceux des débiteurs cambiaires qui ont connu la forme originnaire du titre ; ces débiteurs comprennent nécessairement le créateur de l'effet (tireur ou souscripteur) et les endosseurs antérieurs à l'altération ; quant au tiré, il rentre dans cette catégorie s'il a accepté avant l'altération, car c'est au moment de l'acceptation qu'il prend connaissance du titre¹. Toutes ces personnes ne sont toutefois protégées que si elles le méritent, c'est-à-dire si elles n'ont pas participé à l'altération, ou même si elles ne l'ont pas favorisée par leur négligence ; dans le cas contraire, le porteur possède contre elles un recours fondé sur leur responsabilité délictuelle.

C. — *Exemplaires multiples et frauduleusement distingués.*

300 — Certains effets de commerce² — lettre de change et chèque — peuvent être créés en plusieurs exemplaires. Cela risque de donner lieu à une fraude, consistant dans le fait de mettre en circulation les divers exemplaires, comme si chacun constituait un titre distinct. La fraude aboutit en ce cas à une absence totale de tous les rapports extra-cambiaires ; ce n'est plus telle ou telle mention qui est fausse, c'est le titre pris globalement. L'idée d'apparence est alors plus ou moins facile à appliquer suivant que la mise en circulation des exemplaires a eu lieu dès l'origine ou au cours de la circulation du titre.

Si la fraude est intervenue à l'origine, rien n'empêche la pleine application de l'idée d'apparence : chaque exemplaire est considéré comme un effet de commerce distinct (lettre de change : art. 176, al. 2 c. com. ; chèque D-L 1935, art. 49, dernier al.). Mais pour cela il faut encore que chaque exemplaire ait bien l'apparence d'un effet distinct ; cette apparence résulte de l'absence de numérotation. Les tiers de bonne foi peuvent compter sur la validité autonome de chaque exemplaire si cet exemplaire ne dévoile pas par un numéro son caractère de double. Cela s'applique à la fois au porteur, qui est payé sur présentation de son exemplaire, et au tiré qui est libéré en payant l'exemplaire accepté (art. 174 c. com.).

Si, par contre, la fraude intervient au cours de la circulation du titre, l'application de l'idée d'apparence se heurte aux mêmes difficultés que dans l'hypothèse d'altération. Un endossement transmet frauduleusement les divers exemplaires à des personnes différentes ; les signataires antérieurs à la fraude ont su que les divers exemplaires ne constituaient en réalité qu'un seul et même

1. Paris, 15 mars 1930 (S., 30.2.120). — Req., 13 avril 1932 (DH., 32 281).

2. Pour le billet à ordre, chaque exemplaire vaut nécessairement comme titre distinct, puisque chacun est revêtu de la signature du débiteur principal.

effet de commerce ; les signataires postérieurs ont cru, à l'inverse, que chaque exemplaire constituait un titre distinct. Comme pour l'altération, c'est encore le débiteur qui est préféré au créancier : les conséquences sont donc les suivantes (lettre de change : art. 174, al. 2 c. com. ; chèque : D-L 1935, art. 50, al. 2) :

— Le porteur de bonne foi d'un exemplaire peut agir contre les signataires postérieurs comme si son exemplaire constituait un effet distinct, solution conforme à l'idée d'apparence.

— Mais le porteur de bonne foi ne peut agir contre les signataires antérieurs que si ces derniers n'ont pas déjà payé l'effet sur présentation d'un autre exemplaire. Ici, l'apparence joue au profit du débiteur cambiaire, et non au profit du créancier, puisque ce dernier ne voit pas protégée sa croyance que chacun des exemplaires constituait un titre distinct.

PARAGRAPHE 3. — LA DÉPOSSESSION INVOLONTAIRE¹

301 — La fraude consiste ici dans la remise du titre en circulation, à la suite de la dépossession du légitime propriétaire. Cette fraude aboutit à l'absence de la valeur fournie afférant à la personne dépossédée, et pose des problèmes dont les solutions différeront des solutions générales ; les droits du porteur de bonne foi vont, en effet, se trouver en conflit avec ceux des deux autres personnes d'intérêt :

— D'une part, il faut protéger le porteur dépossédé, puisqu'il l'a été contre sa volonté.

— D'autre part, il s'agit d'éviter que le débiteur principal ne paye deux fois, ce qui risque d'arriver si l'on permet à deux personnes (porteur de bonne foi et porteur dépossédé) de réclamer le paiement de l'effet.

En cas de dépossession involontaire, l'absence de valeur fournie pose donc des problèmes originaux : il s'agit de régler un conflit triangulaire entre le porteur dépossédé, le porteur de bonne foi et le débiteur principal. La foi que ces deux derniers peuvent faire à l'apparence ne va-t-elle pas être primée par l'intérêt de la personne qui est réellement titulaire de la créance cambiaire ? C'est le législateur lui-même qui apporte la réponse à cette question.

A. — *Protection du porteur dépossédé.*

302 — Pour être protégée, la personne dépossédée doit d'abord faire opposition au paiement (lettre de change et billet à ordre : art. 140 c. com. ; chèque D-L 1935, art. 32, al. 2) : le débiteur prin-

1. Nous employons cette expression de préférence à « perte ou vol », car il faut y englober des hypothèses où la dépossession résulte d'un détournement, d'un abus de confiance, etc... Par contre, la dépossession involontaire ne comprend pas les cas où l'effet a été remis par une personne inapte ou sans pouvoir pour le faire.

cipal doit alors s'abstenir de tout paiement, ce qui donne au porteur dépossédé le temps de faire reconnaître son droit en justice.

Ce porteur dépossédé peut revendiquer le titre dont il est le véritable propriétaire. Mais ce droit est limité, comme nous le verrons, par la protection du porteur de bonne foi.

Le porteur dépossédé peut ensuite, lorsque l'effet vient à échéance, se faire payer. Suivant les cas, l'un ou l'autre des procédés suivants est à sa disposition :

— Ou bien il doit obtenir une ordonnance du juge et fournir caution. Cela est obligatoire d'abord si la personne dépossédée n'a plus d'exemplaire entre les mains, hypothèse générale pour le billet à ordre qui ne comporte qu'un seul exemplaire, hypothèse possible pour la lettre de change et le chèque. L'ordonnance du juge et la caution sont également obligatoires dans le cas d'une lettre de change en plusieurs exemplaires, si l'exemplaire perdu était seul revêtu de l'acceptation, car alors le tiré peut refuser de payer sur présentation d'un exemplaire non accepté.

— Ou bien, le porteur dépossédé peut plus simplement se faire payer au moyen de l'exemplaire qui lui reste entre les mains. Il en est ainsi pour le chèque dans tous les cas où il a été délivré en plusieurs exemplaires, pour la lettre de change à condition que l'exemplaire perdu ou volé ne soit pas revêtu de l'acceptation.

En plus de la revendication et du paiement, le porteur dépossédé dispose d'un moyen efficace : requérir, sous certaines conditions, la délivrance d'un double de l'effet. Pour ce faire, il s'adresse à son endosseur immédiat, qui l'adresse à son propre endosseur et ainsi de suite jusqu'au créateur du titre ; celui-ci émet alors un nouvel exemplaire sur lequel chaque endosseur appose sa signature. Ce procédé, qui tend à rétablir un élément visible conforme à la réalité, n'est possible que pour la lettre de change et pour le chèque, car pour le billet à ordre le créateur, qui est en même temps le débiteur principal risquerait de payer deux fois s'il signait deux fois.

B. — *Protection du porteur de bonne foi.*

303 — En face de tous les moyens accordés à la personne dépossédée que deviennent les droits du porteur de bonne foi ? Il est possible en effet que le titre, remis en circulation tombe entre les mains d'un tiers qui devrait normalement pouvoir ignorer le vice affectant la circulation de l'effet.

Nous avons déjà signalé que la revendication de la personne dépossédée n'était pas possible contre un porteur de bonne foi. C'est là une consécration de la prééminence des nécessités du crédit sur la protection du propriétaire dépossédé. Toutefois, en raison du conflit propre à cette matière, la bonne foi est définie

ici de manière plus restrictive que d'habitude, comme nous le verrons ¹.

Il n'aurait servi à rien de faire échapper le porteur de bonne foi à la revendication si on ne lui avait permis de réclamer le paiement de l'effet. Telle est bien la seconde manifestation de la protection accordée au porteur de bonne foi, à la confiance qu'il a mise dans la régularité de la forme. Il peut donc se faire payer. A qui demandera-t-il paiement ?

— Il demandera au débiteur principal (tiré ou souscripteur) s'il n'y a pas eu d'opposition au paiement. Et si le débiteur principal ne paye pas, le porteur peut se retourner contre tous les signataires de l'effet, antérieurs ou postérieurs à la dépossession, sans qu'aucun puisse lui opposer l'exception de perte ou de vol. L'idée d'apparence est dans ce cas pleinement appliquée.

— S'il y a eu opposition et que l'opposant ait été payé, certains auteurs permettent encore au porteur de bonne foi de se faire payer par le débiteur principal. Cette opinion ne paraît pas exacte : il faut décider que le porteur peut seulement demander paiement à l'opposant ; ici en effet intervient la protection du débiteur principal ; le porteur sera payé, certes, mais non par la personne qui figurait sur le titre et sur laquelle il comptait.

C. — *Protection du débiteur principal.*

304 — Le débiteur principal est le tiré dans la lettre de change et le chèque, le souscripteur dans le billet à ordre, et le warrant. Il court un grave danger : celui de payer deux fois, au porteur dépossédé en vertu de la réalité, au porteur de bonne foi en vertu de l'apparence. La loi n'a pas laissé sans protection ce débiteur principal, car lui aussi a vu le titre et a donc pu compter sur l'apparence de régularité.

L'opposition à paiement faite par la personne dépossédée constitutive, remarquons-le, une première protection pour le débiteur principal, car elle l'avertit du danger qu'il court. Il sait dès lors que l'apparence ne correspond pas à la réalité et peut valablement refuser de payer.

Mais l'opposition n'écarte pas tout danger, car, une fois payée la personne dépossédée, le porteur de bonne foi peut à son tour venir demander paiement. Il convient à cet égard de distinguer suivant que l'exemplaire perdu ou volé était ou non revêtu de la signature du débiteur principal.

Si l'exemplaire perdu ou volé ne porte pas la signature du débiteur principal, aucune difficulté ne se pose, puisque personne ne peut être engagé selon le droit du change faute de signature ²,

1. Voir n^{os} 345 et s.

2. Voir n^o 247.

Cette hypothèse ne peut guère se rencontrer que pour une lettre de change non revêtue de l'acceptation du tiré. Celui-ci ne risque rien, il peut toujours refuser de payer un exemplaire non signé par lui, et le porteur de bonne foi n'est pas lésé, puisque l'élément visible lui indiquait que le tiré n'était pas tenu.

La difficulté apparaît si l'exemplaire perdu ou volé portait la signature du débiteur principal. Nous avons vu en effet que dans ce cas la personne dépossédée peut se faire payer en obtenant une ordonnance du juge et en fournissant caution. Le porteur de bonne foi se présentant par la suite avec son exemplaire signé pourrait, semble-t-il, exiger d'être payé à son tour. Il n'en est rien¹ : le porteur de bonne foi peut seulement demander paiement à la personne dépossédée. Des deux intérêts, en présence il valait mieux protéger celui du débiteur principal, puisque de toute manière le porteur de bonne foi sera payé.

SECTION 3. — VICE DU RAPPORT CAMBIAIRE

305 — Le rapport cambiaire peut être infecté d'un vice de fond propre, qui ne touche que lui et qui laisse intact le rapport extra-cambiaire. L'idée d'apparence arrive ici à ses conséquences extrêmes : elle permet d'ignorer le vice cambiaire et de considérer le titre comme valable du moment qu'il est régulier en sa forme.

Jusqu'ici, l'apparence produisait des effets qui coïncidaient à peu près avec la notion de titre abstrait ; maintenant, cette notion est dépassée, car c'est le titre lui-même qui est vicié au fond et non pas sa cause : un titre abstrait est valable indépendamment de sa cause, mais il ne l'est certainement pas indépendamment de ses vices propres. La solution s'explique au contraire fort bien si l'on fait appel à l'idée d'apparence : le rapport cambiaire est infecté d'un vice de fond, mais c'est là un élément caché que les tiers sont en droit d'ignorer puisqu'ils peuvent compter sur l'élément visible, la régularité de la forme.

La marque formelle du rapport cambiaire est la souscription du titre : un effet de commerce implique autant de rapports cambiaires qu'il comprend de signatures. Chacun de ces rapports cambiaires vit de façon autonome, chacun est donc soumis à des conditions de fond autonomes.

Tout rapport juridique est soumis à des conditions tenant à l'objet, à la cause, au consentement et à la capacité. Il faut éliminer ici l'objet et la cause, pour les raisons suivantes :

— L'objet est par définition une somme d'argent. On ne peut donc concevoir qu'il soit impossible ou illicite.

1. En ce sens : Percerou et Bouteron, I, n° 145 et II, n° 118. — Lescot et Roblot, II, n° 751. — Contra : Lyon-Caen et Renault, IV, n° 324.

— La cause, elle, se confond avec le rapport extra-cambiaire : d'une part, celui-ci est la cause efficiente du rapport cambiaire, d'autre part, la cause finale de l'obligation extra-cambiaire coïncide avec celle de l'obligation cambiaire. On peut donc difficilement concevoir une cause illicite propre du rapport cambiaire ; toutefois, comme nous l'avons vu, certains auteurs ont eu recours à cette idée pour fonder la nullité des effets de complaisance¹.

L'objet et la cause étant exclus, il reste à examiner les vices du rapport cambiaire tenant au consentement et à la capacité, auxquels peuvent se joindre ceux tenant au pouvoir.

PARAGRAPHE 1. — VICES DU CONSENTEMENT.

306 — Le débiteur cambiaire marque son consentement en signant. Cette signature, élément visible, suffit à créer l'obligation cambiaire alors même qu'elle aurait été donnée par erreur ou sous l'emprise du dol ou de la violence. Les tiers de bonne foi sont en droit d'ignorer cet élément caché qu'est le vice du consentement du souscripteur.

L'idée d'apparence, applicable aux vices du consentement ne l'est pas, remarquons-le, au défaut absolu de consentement. Cette dernière hypothèse se présente la plupart du temps dans le cas où la signature d'une personne a été imitée ; nous avons vu² qu'alors la protection de la victime de la fraude passait avant celle des tiers de bonne foi : la personne dont la signature a été imitée n'est pas engagée, son consentement ayant fait totalement défaut.

Cette dernière solution a une certaine influence sur la matière qui nous occupe, car il n'y a pas de séparation tranchée entre le vice et le défaut du consentement ; on passe insensiblement de l'un à l'autre : une erreur portant sur l'essentiel de l'obligation, une violence irrésistible se rapprochent singulièrement du défaut absolu de consentement. Aussi, dans le cas où le vice du consentement tend à devenir un défaut de consentement, la jurisprudence, par analogie avec le cas de signature, le considère comme opposable aux tiers de bonne foi.

Sous réserve de certaines exceptions, il n'en reste pas moins que les tiers de bonne foi sont en droit d'ignorer le vice du consentement de n'importe quel souscripteur.

A. — *Le dol.*

307 — Lorsqu'une personne est amenée par les manœuvres dolosives de son co-contractant à souscrire un effet de commerce, il n'y a jamais eu de difficulté à admettre que le tiers de

1. Voir n° 288 et la note.

2. Voir n° 296.

bonne foi conserve tous ses droits. La Cour de cassation l'affirmait dès 1807¹ et la jurisprudence a sans cesse répété depuis que l'exception de dol est inopposable au porteur de bonne foi².

Pour justifier cette solution on a quelquefois invoqué l'art. 1116 c. civ., en vertu duquel le dol, pour être une cause de nullité, doit émaner du co-contractant ; rien d'étonnant, dès lors, a-t-on affirmé, que la victime du dol ne puisse l'opposer valablement à un tiers³. Différents auteurs modernes⁴ ont montré que cette justification n'est pas bonne : s'il est vrai que le dol doit émaner du co-contractant pour être une cause de nullité, il n'en est pas moins vrai que cette nullité produit ses effets à l'égard de tous, et notamment à l'égard du cessionnaire de la créance en vertu de l'adage « nemo plus juris... ».

Ici comme ailleurs, les principes du droit commun sont insuffisants ; il faut recourir à l'idée-clé du droit cambiaire, celle d'apparence : l'engagement d'un souscripteur est bien vicié à l'égard de tous, mais il l'est quant au fond et non quant à la forme ; cet engagement conserve donc sa pleine valeur aux yeux des tiers de bonne foi. La protection de la confiance qu'ont mise ces derniers dans l'élément visible passe avant la protection du souscripteur trompé.

308 — Cette solution s'applique à toutes les catégories d'effets de commerce et à toutes les hypothèses de dol. Elle s'applique aussi quel que soit le souscripteur trompé :

— celui-ci peut être le créateur de l'effet, tireur ou souscripteur. On peut en effet supposer que le bénéficiaire a trompé ce créateur pour l'amener à souscrire le titre.

— La victime peut être aussi l'un ou l'autre des endosseurs, qui aurait signé à la suite des manœuvres dolosives de son endossataire.

— Enfin, le tiré d'une lettre de change peut avoir accepté sous l'emprise du dol, persuadé par exemple de l'existence de la provision par le tireur ou par le porteur qui lui demande son acceptation.

Du moment qu'elles ont signé, ces personnes sont tenues d'une obligation cambiaire envers les tiers de bonne foi, mais envers eux seuls ; nous retrouvons ici cette idée que l'apparence ne saurait avoir d'effet entre parties ; la victime du dol peut toujours opposer la nullité de son engagement à l'auteur des manœuvres dolosives. Ainsi, le tireur pourrait efficacement résister au recours du bénéficiaire qui par dol l'a amené à souscrire l'effet.

1. Req., 6 août 1807 (Rec., 1807.432).

2. Voir notamment : Orléans, 17 janvier 1843 (cité au RD., v° effets de commerce, 243). — Civ., 25 mai 1894 (S., 94.1.453). — Req., 18 oct. 1933 (S., 33.1.375).

3. Thaller et Percerou, n° 1473. — Lacour et Bouteron, n° 1296. — Lyon-Caen et Renaut, IV, n° 129.

4. Lescot et Roblot, I, n° 311. — Friedel, op. cit., n° 79.

C'est alors au débiteur de prouver le dol dont il a été victime ; c'est là une question d'espèce, mais il semble que la simple réticence ne puisse être constitutive de dol¹.

B. — L'erreur.

309 — Si le dol est inopposable aux tiers de bonne foi, il faut à fortiori en décider ainsi pour l'erreur, puisque celle-ci ne se manifeste par aucune manœuvre extérieure, et est encore plus difficile à déceler. Admettre le contraire serait obliger les tiers à des investigations psychologiques très minutieuses, et donc irait à l'encontre des besoins de rapidité propres au droit du change. Pourtant, les solutions n'ont pas ici l'unanimité qu'elles avaient en matière de dol, car il y a certains cas d'erreur qui sont très proches du défaut absolu de consentement.

Quand l'erreur ne porte pas sur un élément déterminant, tout le monde est d'accord qu'elle ne peut pas être opposée au porteur de bonne foi. Il en est ainsi notamment de l'erreur sur la solvabilité du contractant ; le tiré par exemple qui a accepté une lettre de change dans l'ignorance de la faillite du tireur est néanmoins tenu envers le porteur de bonne foi².

La même solution est en général admise si l'erreur porte sur l'existence d'un rapport extra-cambial³. Du moment que la validité de l'obligation cambiale ne dépend pas de l'existence d'un rapport sous-jacent, il fallait bien convenir que l'ignorance de cette inexistence par le souscripteur ne pouvait suffire à annuler l'engagement cambial. Ainsi la jurisprudence admet que le tiré reste tenu envers les porteurs de bonne foi alors même qu'il a accepté en se croyant à tort le débiteur du tireur⁴.

310 — L'idée d'apparence est par contre admise beaucoup plus difficilement quand l'erreur provient d'une fausse signature : une personne est amenée à souscrire l'effet sur le vu d'une signature qui s'est révélée, depuis, être un faux. Dans ce cas, nous le savons⁵, la personne dont la signature a été imitée ne saurait être tenue selon le droit du change, car son consentement fait totalement défaut. Mais en est-il de même pour la personne dont le consentement a seulement été vicié par la vue de la fausse signature ? La jurisprudence a tendance à assimiler les deux situations : elle considère sans doute que le vice du consente-

1. Ainsi, il a été jugé qu'il n'y avait pas dol de la part du porteur qui réclamait au tiré son acceptation sans le prévenir de la faillite du tireur. Nancy, 3 nov. 1891 (D., 92.2.389). En ce sens : Lyon-Caen et Renault, IV, n° 201.

2. Avant 1935, cette solution résultait expressément de l'art. 121, al. 2 c. com. (ancien).

3. Contra : Wahl, n° 1936.

4. Req., 23 mars 1908 (S., 09.1.151).

5. Voir n° 296.

ment se ramène alors à un défaut absolu, la signature fausse constituant la cause déterminante de la souscription du titre. Ces hésitations se marquent dans certains arrêts¹ qui font appel, pour justifier la dette de la victime de l'erreur, à la négligence commise par elle en ne vérifiant par l'authenticité de la signature.

Cette solution doit être critiquée : quelle que soit la nature de l'erreur, la protection des tiers de bonne foi doit passer avant celle de la personne dont le consentement a été vicié. Cette dernière reste toujours tenue, non pas en raison de sa négligence, mais en raison de l'apparence issue de sa signature. Le tiré, par exemple, qui a accepté sur le vu de la fausse signature du tireur reste engagé envers le porteur de bonne foi, alors même qu'il n'a aucune négligence à se reprocher².

A notre avis, l'erreur ne saurait être opposée que lorsqu'elle équivaut à un défaut absolu de consentement. Hypothèse d'école, puisqu'il faudrait admettre que le souscripteur n'a pas su qu'il signait un effet de commerce. Dans ce cas, mais dans ce cas seulement, le souscripteur n'est pas tenu selon le droit du change, car il n'a même pas voulu participer aux rapports cambiaires.

C. — *La violence.*

311 — C'est pour la violence que l'idée d'apparence a le plus de peine à s'imposer, au moins en doctrine, car la jurisprudence n'a eu que très peu à se prononcer sur cette matière³.

Certains auteurs⁴ soutiennent que la violence est toujours opposable au porteur de bonne foi, car ce vice, à la différence du dol, opère in rem, indépendamment de son auteur. Cette opinion doit certainement être écartée ; ce que nous avons dit à propos du dol vaut a contrario pour la violence : il est vrai que ce vice peut émaner de n'importe qui, mais cela ne veut pas dire que la nullité est opposable à tout le monde.

Une théorie intermédiaire⁵ distingue deux sortes de violences : les violence physique, opposable au porteur de bonne foi, et la violence morale assimilée au dol et à l'erreur, et donc inopposable. La violence physique contraindrait en effet à signer de manière irrésistible et équivaldrait à un défaut absolu du consentement ; la violence morale, au contraire, laisserait place à un certain choix entre deux maux, et par conséquent vicierait le consentement sans le supprimer entièrement. Cette théorie part d'un prin-

1. Ainsi : Civ., 2 mars 1942 (DC., 42.57).

2. En ce sens : Lescot et Roblot, I, n° 443.

3. Voir cependant : Req., 26 janvier 1819 (S. chron., 1819.1821). Paris, 4 juin 1951 (GP., 51.2.178). — C. d'ass. Seine, 13 oct 1955 (rapp. par J. Bouteron, le chèque et la violence, chronique à la GP., 55.1.11).

4. Wahl, n° 1936. — Thaller et Percerou, n° 1471.

5. Lacour et Bouteron, II, n° 1296. — G. de Semo. Diritto cambiario. Milan, 1953, n°s 184 et 186.

cipe exact : le défaut de consentement est opposable au tiers de bonne foi, alors que le simple vice du consentement est inopposable. Mais, à notre avis, cette distinction ne correspond pas à celle de la violence physique et de la violence morale : on peut se demander si « les motifs, pour le signataire, de céder devant la » contrainte morale ne sont pas, dans certains cas, aussi irrésistibles » et ne produisent pas sur lui des effets d'inhibition aussi » puissants que lorsqu'il subit une contrainte physique » 1.

312 — Il faut donc conserver de la théorie précédente que la violence en tant que vice de consentement est inopposable au porteur de bonne foi. Tel est bien l'avis de la plupart des auteurs modernes 2. Les nécessités du crédit doivent encore faire sacrifier les intérêts de la victime de la violence à la protection de la confiance qu'ont mise les tiers en l'apparence de régularité ; comme le dol et l'erreur, le vice de violence est un élément caché que les tiers sont en droit d'ignorer. La seule idée d'apparence permet d'expliquer cette solution, et il ne paraît pas nécessaire de chercher des justifications supplémentaires, comme la notion de risque 3, ou comme le raisonnement par analogie avec l'article 2.280 c. civ. 4.

Ce vice du consentement, inopposable aux tiers de bonne foi est bien entendu opposable à l'auteur de la violence et à ses complices. En pratique, il arrive le plus souvent que le porteur de l'effet de commerce soit cet auteur ou son complice, ce qui explique l'extrême rareté des décisions de jurisprudence sur l'inopposabilité de l'exception de violence.

Comme on l'a noté 5, il faut réserver certains cas dans lesquels la violence fait plus que vicier le consentement, elle le supprime entièrement. Il est certain qu'il n'y a pas grande différence entre une personne dont la signature a été imitée et une autre dont on a tenu la main pour qu'elle signe contre son gré. Le première n'étant pas tenue selon le droit du change 6, il faut certainement décider que la seconde ne l'est pas non plus. Mais nous sortons

1. J. Bouteron. Le chèque et la violence, préc.

2. Lescot et Roblot, I, n° 311. — Percerou et Bouteron, I, n° 86. — Lyon-Caen et Renault, II, n°s 129 et 202.

3. M. Mossa. (La dichiarazione cambiara, n°s 76 et s. fonde la responsabilité de la victime de la violence sur une idée de risque et limite par conséquent son obligation à la valeur du dommage causé. Une telle limitation ne se conçoit pas si l'on admet, comme nous, que l'engagement est cambiaire et se fonde sur l'apparence.

4. M. J. Bouteron (Le chèque et la violence, préc.), place sur le même rang le porteur de bonne foi d'un chèque et le possesseur de la chose volée lorsque ce dernier a effectué son acquisition dans les conditions de l'art. 2280. Il constate avec raison que les nécessités de la circulation sont aussi impérieuses dans les deux hypothèses, et aboutit à considérer la violence comme inopposable au porteur de bonne foi.

5. Lescot et Roblot, I, n° 311. — Lacour et Bouteron, n° 1296. — Cass. ital., 11 mai 1934 (Foro ital., 34.1.1071).

6. Voir n° 296.

ici du domaine des vices du consentement pour entrer dans celui du défaut absolu de consentement ; l'idée d'apparence se heurte alors à une nécessité plus impérieuse : la protection de la personne qui n'a même pas voulu participer aux rapports cambiaux. Il reste évidemment que la distinction entre les deux sortes de violences risque souvent d'être difficile puisque, nous l'avons vu, on ne peut l'assimiler à celle des violences physiques et des violences morales ; pour être inopposable aux tiers de bonne foi, la violence doit avoir laissé place à une certaine initiative, à un certain choix de la part de la victime ¹.

PARAGRAPHE 2. — DÉFAUT DE CAPACITÉ OU DE POUVOIR

313 — Certains des vices de fond touchent à la personne même du signataire : celui-ci peut être incapable, il peut être un représentant qui dépasse ses pouvoirs. Malgré la similitude des deux hypothèses, les solutions sont opposées car dans le premier cas l'idée d'apparence se heurte à la protection de l'incapable, alors que dans le second cas le représentant ne mérite pas d'être protégé.

A. — Incapacité.

a) Causes d'incapacité.

314 — Il n'existe pas de capacité spéciale pour souscrire des effets de commerce, si bien qu'il faut envisager les incapacités au regard du droit commun, et distinguer la lettre de change, qui constitue un acte de commerce par sa forme, et les autres effets de commerce, qui ne sont pas nécessairement des actes de commerce.

Pour la lettre de change, le signataire doit posséder la capacité d'accomplir des actes de commerce. Sont donc incapables :

— les mineurs non commerçants qui n'ont pas été habilités à signer une traite (art. 114, al. 1 c. com.).

— les aliénés interdits ou internés.

— les prodigues et les faibles d'esprit qui agissent sans l'assistance de leur conseil.

Pour les autres effets de commerce — chèque, billet à ordre, warrant — le signataire doit avoir la capacité de contracter l'engagement qui sert de cause à son obligation cambiaire. Il doit donc au moins avoir l'administration de ses biens ; cela exclut

¹. Cette distinction peut être rapprochée de celle que fait le droit pénal entre l'état de nécessité et l'état de contrainte. Le premier laisse place à une certaine initiative : le second annihile toute volonté.

le mineur non émancipé, mais n'exclut pas nécessairement le prodigue ; ce dernier peut disposer par chèque des capitaux mobiliers dont il a la libre disposition ¹.

A ces incapacités il faut assimiler la situation du failli, qui n'est pas une véritable incapacité, mais qui lui interdit de signer des effets de commerce. La protection de la masse des créanciers aboutit en ce cas aux mêmes résultats que la protection de l'incapable.

b) *Opposabilité de l'incapacité.*

315 — On pourrait s'attendre à l'application en cette matière de l'idée d'apparence ; cela amènerait à considérer le signataire incapable comme engagé selon le droit du change envers les tiers de bonne foi. Il n'en est rien ; nous trouvons ici une des exceptions les plus notables à la théorie de l'apparence : l'incapacité est opposable au porteur de bonne foi. Cette solution ne résulte pas de la loi, car l'art. 114, al. 1 c. com. ne concerne pas les tiers porteurs ², mais elle a été constamment admise par la jurisprudence ³.

Il peut ne pas paraître évident que la protection de l'incapable (ou celle de la masse des créanciers) passe avant celle des tiers de bonne foi. N'est-ce pas aller à l'encontre des nécessités du crédit ? De fait, quelque auteurs ⁴ et même quelques arrêts ⁵ se sont élevés contre cette solution, et il faut bien reconnaître qu'on voit mal pourquoi l'intérêt de l'incapable est supérieur par exemple à celui de la victime d'un dol. Si malgré tout, la plupart des auteurs ⁶ sont favorables à l'opposabilité, c'est qu'elle se justifie de la manière suivante : la vérification de la capacité des signataires est plus facile pour les tiers que des recherches sur la cause de l'engagement ou la plénitude du consentement. L'incapacité ne constitue certes pas un élément visible, mais on peut avancer qu'elle est moins cachée que d'autres irrégularités de fond, notamment qu'un vice du consentement ; il est donc possible de sacrifier en cette matière l'intérêt du porteur de bonne foi, car celui-ci aurait pu sans grande difficulté connaître l'incapacité du signataire, état notoire, qu'il s'agisse de l'âge de l'interdiction ou de toute autre cause.

1. J. Bouteron. Le chèque, p. 179 et s.

2. Friedel, n° 91. — Seul, peut-être, l'al. 2 de l'art. 114, pourrait fonder cette solution par raisonnement a contrario.

3. Voir notamment : Civ., 19 fév. 1856 (D., 56.1.86). — Paris, 17 juillet 1894 (D., 95.2.25, note Thaller).

4. Pichon. De l'opposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre. Thèse, Paris, 1904, p. 136 et s.

5. Montpellier, 19 avril 1950 (RTD Commercial, 50.475).

6. Lescot et Roblot, I, n° 127. — Thaller et Percerou, n° 1471. — Lyon-Caen et Renault, IV, n° 488. — Friedel, op. cit., n° 91.

c) *Limitations à l'opposabilité.*

316 — Les porteurs de bonne foi ne peuvent donc pas demander paiement de l'effet à un signataire incapable, tireur, souscripteur, tiré accepteur ou endosseur. Mais l'apparence reprend ses droits quand la protection de l'incapable n'est plus en jeu.

Le porteur de bonne foi peut, en vertu du principe de l'indépendance des signatures¹ demander paiement à tous les autres signataires : la nullité de l'engagement de l'incapable n'entraîne pas la nullité de l'effet de commerce tout entier. Cette solution a été contestée lorsque l'incapable est le débiteur principal : tiré accepteur de la lettre de change, souscripteur du billet à ordre ou du warrant ; on a soutenu de l'effet ne pouvait en ce cas prendre naissance, faute de capacité du débiteur principal, et que donc les autres signataires n'étaient pas engagés selon le droit du change. Un tel raisonnement va à l'encontre des termes extrêmement généraux de l'art 114, al. 2 c. com., relatif à l'indépendance des signatures ; de plus la validité de la signature du débiteur principal n'est pas indispensable à la validité du titre : s'il s'agit d'un billet à ordre, on peut admettre qu'il prend naissance lors du premier endossement. L'idée d'apparence, écartée en ce qui concerne l'engagement de l'incapable, doit reprendre ses droits à l'égard des autres signataires.

La protection de cet incapable a, elle-même, des limites, comme le marquent les solutions suivantes :

— Si l'incapable a signé l'effet dans le but frauduleux de tromper les tiers, il ne peut se prévaloir de la nullité de son engagement², car il n'est pas digne de la protection qu'on lui accordait. La plupart du temps, il s'agit d'un mineur qui, au moyen d'une fausse date, se fait passer pour majeur³.

— Le mineur doit restituer l'enrichissement que lui a procuré l'annulation de son engagement. C'est là une application du principe général posé par l'art. 1312 c. civ., auquel renvoie l'art. 114, al. 1 c. com.

— Enfin, si une lettre de change est signée par une personne incapable d'accomplir des actes de commerce, mais capable de s'engager dans le rapport qui sert de cause à sa souscription, cette dernière, impuissante à créer une obligation cambiaire, constitue cependant une promesse de payer. La nullité de l'engagement cambiaire ne peut en effet entraîner celle de l'engagement sous-jacent.

1. Voir sur ce principe ce que nous avons dit à propos de la fausse signature, n° 296.

2. L'obligation de l'incapable n'est pas alors fondée sur l'apparence, mais sur la responsabilité délictuelle. La réparation la plus adéquate consistait à considérer l'incapable comme tenu dans les termes cambiaires.

3. Req., 15 nov. 1898 et 21 mars 1899 (S., 99.1.225, note Wahl).

B. — Défaut ou excès de pouvoir.

317 — Si la protection de l'incapable exigeait de sacrifier les intérêts du porteur de bonne foi, la même nécessité ne se retrouverait pas dans le cas du représentant qui signe un effet sans pouvoir ou en dépassant ses pouvoirs, car ce représentant ne mérite évidemment aucune protection. C'est pourquoi l'art. 114, al. 3 c. com. décide que le représentant est en ce cas lui-même obligé selon le droit du change. Cette solution date de la loi uniforme de Genève ; avant 1935, on admettait bien une obligation à la charge du représentant, mais il s'agissait d'une responsabilité de droit commun et non d'un engagement cambiaire.¹ La solution actuelle est tout à fait caractéristique de l'idée d'apparence : le pseudo-mandataire est tenu par sa seule signature, les tiers sont en droit d'ignorer le vice de fond que constitue l'absence de pouvoir².

L'art. 114 al. 3 s'applique au défaut absolu de pouvoir comme au dépassement de pouvoir, mais non à l'abus de pouvoir : le mandataire qui signe un effet dans les limites de son mandat mais dans son intérêt personnel, n'est pas tenu selon le droit du change ; il est engagé dans les termes de l'art. 1382 c. civ. ; quant au mandant, il se voit appliquer les règles du mandat apparent.

En revanche le défaut et l'excès de pouvoir entraînent l'engagement du signataire, quel qu'il soit : tireur, souscripteur, tiré accepteur, endosseur. La seule condition est la signature du pseudo-mandataire, car une personne ne peut être engagée selon le droit du change si son nom ne figure pas sur le titre. Il n'est pas nécessaire que le représentant ait connu l'irrégularité de son acte, puisque son engagement est fondé sur l'apparence et non sur sa responsabilité.

318 — Par conséquent, le signataire n'a pas à réparer un préjudice ; il est engagé dans le droit du change exactement comme s'il avait agi pour son propre compte³. Cette solution est conforme à l'idée d'apparence : c'est le mandataire qui paraît être véritablement engagé dans le rapport cambiaire, il faut donc qu'il le soit dans l'intégralité du rapport. Il devient non seulement sujet passif d'un rapport cambiaire, mais encore éventuellement sujet actif, comme le décide logiquement l'art 114, al. 3 :

1. Cette idée de responsabilité est encore présente dans certains arrêts. Voir Rabat, 11 fév. 1956 (Rec., Rabat, 1956.545).

2. Il s'agit ici de l'apparence formaliste du droit du change, qu'il faut se garder de confondre avec le mandat apparent. Ce dernier conduirait à considérer le mandant comme obligé par l'acte de son mandataire, si celui-ci avait paru, aux yeux des tiers, agir dans la limite de ses pouvoirs. Ici, par contre, l'élément visible n'est pas le mandat, mais la signature du mandataire ; ce dernier, seul, doit par conséquent être engagé.

3. Voir notamment : Rouen, 10 mars 1950 (D., 51.S.3. RTD Com., 1951, 322, obs. Becqué-Cabrillac). — Com., 19 mars 1958 (GP., 10 juin 1938).

— En tant que sujet passif, il est tenu au paiement total de l'effet et non de la différence entre ce montant total et le montant pour lequel il avait pouvoir (ainsi, s'il avait mandat de signer jusqu'à 100.000 francs et qu'il ait signé une traite de 500.000 francs le mandataire est tenu de payer 500.000 francs, et non 400.000 francs).

— En tant que sujet actif, le pseudo-représentant peut exercer les actions récursoires qui appartiennent au tireur ou à l'endosseur, et risque de se voir opposer par les signataires de bonne foi les exceptions qui auraient été opposables au représenté.

Du fait de l'engagement du représentant, le représenté ne reste cependant pas à l'abri de tout recours. Il est en effet possible que le représentant ait seulement outrepassé ses pouvoirs, et dans ce cas il ne serait pas juste que le représenté ne soit pas débiteur pour la partie de la somme qui rentrait dans les pouvoirs. Il y a là des solutions qui, sans atténuer les conséquences de l'apparence, viennent remédier à ce que ces conséquences pourraient avoir d'injuste. C'est pour cette raison que le représenté est soumis à deux sortes de recours :

— D'une part, les tiers peuvent agir contre lui pour la partie de la somme qui n'excédait pas les pouvoirs (ainsi, dans l'exemple ci-dessus, le porteur peut agir contre le représenté jusqu'à concurrence de 100.000 francs).

— D'autre part, le représentant lui-même, une fois qu'il a payé, peut se retourner contre le représenté pour lui demander remboursement de la partie de la somme qui rentrait dans ses pouvoirs¹.

APPENDICE. — L'ELEMENT CACHE DANS LES TITRES DE CREDIT AUTRES QUE LES EFFETS DE COMMERCE

PARAPRAPHE 1. — L'ÉLÉMENT CACHÉ DANS LES TITRES REPRÉSENTATIFS DE MARCHANDISES

319 — Un titre est créateur d'apparence dans la mesure où les tiers peuvent se contenter de l'élément visible issu de la détention et des mentions littérales, et donc ignorer les irrégularités de fond qui infectent les rapports représentés par le titre. Ces irrégularités constituent en effet un élément caché, dont la recherche nécessiterait des investigations incompatibles avec la rapidité de la vie des affaires.

En matière de titres représentatifs de marchandises, les irrégularités cachées se répartissent en deux catégories :

1. On admet, en effet, que le mandataire est subrogé dans les droits du porteur qu'il a payé.

— Les unes, analogues à celles que nous avons étudiées à propos des effets de commerce, concernent la transmission du titre. L'admission du principe de l'opposabilité des exceptions consacre en cette matière l'idée d'apparence.

— Les autres irrégularités cachées sont spécifiques des titres qui nous occupent. Elles résultent en effet de la non-conformité de la marchandise avec les indications du titre. Nous verrons que dans cette hypothèse l'application de l'apparence est plus difficilement admise.

A. — *Vice de transmission du titre.*

320 — Les règles de l'apparence commandent que les tiers soient admis à ignorer les vices de fond qui affectent la circulation du titre représentatif de marchandise :

— Du côté actif, le porteur du récépissé-warrant, de la filière ou du connaissance bénéficie de l'opposabilité des exceptions, car ce principe s'applique à toutes les catégories de titres à ordre¹. Le porteur peut donc compter se faire livrer les marchandises s'il ignore l'irrégularité tenant à une transmission qui lui est étrangère.

— Du côté passif, le dépositaire ou le transporteur peut compter être libéré s'il livre la marchandise en ignorant le défaut de droit de la personne qui lui présente le titre, car ce défaut de droit résulte de l'irrégularité d'un rapport qui lui est étranger.

L'irrégularité la plus grave est celle qui consiste dans le défaut de droit du créateur du titre (premier déposant au magasin-général, vendeur en filière ou expéditeur maritime). Si cette personne n'est pas propriétaire de la marchandise représentée par le récépissé-warrant, la filière ou le connaissance, toute la suite des transmissions est viciée pour absence de rapport sous-jacent. Mais les tiers de bonne foi (porteur d'une part, dépositaire ou transporteur d'autre part) peuvent ignorer cet élément caché et ne considérer que la possession apparente qui résulte du titre.

A un stade inférieur, le vice de fond résulte de la nullité, de l'extinction ou de l'inefficacité de l'un des rapports sous-jacents à la circulation du titre. Le récépissé-warrant, la filière ou le connaissance sont en effet transmis en exécution d'un contrat entre l'endosseur et l'endossataire, contrat qui est en général la vente de la marchandise, mais qui peut être aussi un échange,

1. P. Esmein. Etude sur le régime juridique des titres à ordre. RTD Civ., 1921.53. — Brêthe de La Gressaye. Théorie juridique des titres à ordre. RTD Civ., 1926.709. — Sur le récépissé-warrant, voir Lescot et Roblot, II, n. 316, note 1. — Sur la filière : L. Boyer, dans la vente commerciale de marchandises, études sous la direction de J. Hamel, n° 31 a. Sur le connaissance : Ripert, droit maritime, II, n° 1867.

un mandat, un prêt, une constitution de gage, etc... Ce contrat peut être nul ; ainsi un récépissé-warrant peut avoir été endossé en échange d'une prestation illicite. Ou encore l'obligation de l'endosseur peut s'être trouvée éteinte avant le jour de l'endossement, par exemple à la suite d'une compensation demeurée inconnue de l'endosseur. Ou enfin, le droit sous-jacent de l'endossataire peut être privé d'efficacité, en vertu par exemple de l'exceptio non adimpleti contractus si le prix des marchandises vendues n'a pas été payé. Tous ces vices sont cachés et ne sauraient donc porter préjudice aux tiers de bonne foi, qu'il s'agisse du sous-acquéreur du titre ou du dépositaire de la marchandise. Seules les parties au rapport sous-jacent vicié peuvent valablement s'opposer les exceptions résultant de leurs rapports personnels.

Le vice de fond peut aussi affecter, comme en matière d'effet de commerce, le rapport nouveau créé par le titre, qui n'est plus ici le rapport cambiaire, mais qui est celui en vertu duquel le porteur légitime peut obtenir livraison de la marchandise. Il faut, à notre avis, appliquer aux titres qui nous occupent, mutatis mutandis, les solutions dégagées à propos des effets de commerce :

— Les tiers de bonne foi (sous-acquéreur d'une part, dépositaire ou transporteur d'autre part) sont en droit d'ignorer le vice de consentement¹ ou le défaut de pouvoir² de l'un des signataires. L'idée d'apparence est alors pleinement appliquée.

— Par contre, l'apparence doit s'effacer devant la protection du signataire incapable³ ou devant celle de la personne dont la signature a été imitée⁴. Ces personnes peuvent à notre avis revendiquer le titre à l'encontre du tiers porteur et demander livraison au dépositaire, même si ceux-ci sont de bonne foi.

Il arrive enfin qu'une fraude, intervenant au stade de la circulation du titre, ait pour résultat de séparer l'apparence de la réalité. Encore que la chose ne paraisse pas s'être présentée, il n'est pas impossible d'imaginer des récépissés-warrants, des filières ou des connaissements endossés par complaisance. Mais l'hypothèse qui a donné lieu aux plus longs développements est celle dans laquelle un connaissement, établi en plusieurs exemplaires, a été frauduleusement endossé à des personnes différentes⁵. Il se produit alors un conflit entre plusieurs porteurs de bonne foi, ce qui rend inévitable de limiter la protection de l'apparence à l'un seulement de ces porteurs.

1. Voir n^{os} 306 et s.

2. Voir n^{os} 317 et s.

3. Voir n^{os} 314 et s.

4. Voir n^o 296.

5. Ripert, Droit maritime, II, n^{os} 1870 et s.

— Si plusieurs exemplaires sont présentés en même temps au capitaine, la préférence doit être accordée au plus ancien en date. L'apparence ne joue donc pas au profit des tiers qui détiennent les connaissements de date plus récente.

— Si un seul exemplaire est présenté, le capitaine peut et doit délivrer la marchandise, car l'apparence reste entière à l'égard du transporteur de bonne foi. Et ce premier présentateur peut, semble-t-il¹, conserver la marchandise, car il est protégé par l'art. 2279 c. civ. Les porteurs moins diligents se voient donc, malgré leur bonne foi, déchus du bénéfice de l'apparence².

B. — *Fausseté des mentions relatives à la marchandise.*

321 — Les titres représentatifs de marchandise sont susceptibles d'être infectés d'un vice original : le défaut de conformité entre la marchandise réellement entreposée ou transportée et celle mentionnée sur le récépissé-warrant, sur la filière ou sur le connaissement. La stricte application des règles de l'apparence commanderait alors que le porteur de bonne foi puisse réclamer au dépositaire ou au transporteur une indemnité représentant la différence entre la valeur réelle de la marchandise et la valeur apparente telle qu'elle ressort du titre. On faciliterait ainsi la circulation des titres représentatifs de marchandise, car personne n'hésiterait à en devenir acquéreur, dans l'assurance de recevoir l'équivalent des mentions littérales. Et cette solution paraît d'autant plus s'imposer que le dépositaire ou le transporteur participe à la rédaction du titre et que donc il semble devoir être responsable de la fausseté des mentions qui y sont inscrites.

Mais une considération en sens inverse devrait amener à décharger le dépositaire ou le transporteur de toute responsabilité : c'est que ces personnes n'ont pas le temps de procéder à des vérifications pour se rendre compte si la marchandise est conforme aux indications portées sur le titre. L'application de l'apparence risque donc d'aboutir à un résultat inverse de celui recherché, en imposant des investigations incompatibles avec la rapidité de la vie des affaires.

Ces raisons en sens opposé permettent de comprendre qu'en cette matière l'idée d'apparence ne soit pas admise sans nuances. Lorsqu'il s'agit du connaissement, cette idée s'est imposée et a rendu ce titre véritablement abstrait ; lorsqu'en revanche il s'agit du récépissé-warrant ou de filière, l'apparence se trouve en échec.

1. En ce sens : Ripert, *Droit maritime*, II, n° 1876. — Contra : Lyon-Caen et Renault, IV, n° 727.

2. Cette situation peut, dans une certaine mesure, être rapprochée de celle du porteur négligent d'un effet de commerce, déchu lui aussi du bénéfice de l'apparence.

322 — Pour le connaissance, l'idée d'apparence n'a triomphé que depuis la loi du 2 avril 1936, reproduisant les dispositions adoptées à la Convention de Bruxelles de 1924. Avant cette date, la conception française permettait au capitaine de prouver contre le porteur du connaissance la fausseté des mentions relatives à la marchandise, ce qui a permis à certains auteurs¹ d'affirmer que le connaissance était un titre « concret ». La loi du 2 avril 1936 (art. 3, 5°) a rendu ce titre pleinement abstrait en disposant que le transporteur ne peut se prévaloir des inexactitudes relatives à la marchandise « à l'égard de toute personne autre que le chargeur ». C'est là consacrer la notion d'apparence :

— A l'égard des tiers, et notamment à l'égard du tiers porteur du connaissance, aucune preuve n'est admise contre les mentions du titre², le transporteur doit délivrer la marchandise apparente et non la marchandise réellement embarquée, il doit donc payer au porteur de bonne foi une indemnité qui représente la différence entre ces deux valeurs. La jurisprudence³ est allée si loin dans cette voie qu'elle a admis les prétentions des tiers de bonne foi même lorsque la quantité mentionnée au connaissance est supérieure à la capacité du navire (en matière de vins en vrac).

— Entre parties en revanche, l'apparence n'a pas à jouer. Le transporteur possède donc contre le chargeur un recours pour se faire rembourser les pertes qui sont résulté de l'inexactitude des mentions relatives à la marchandise. Le connaissance constitue seulement une présomption simple et met donc la preuve à la charge du transporteur⁴, solution analogue à celle relative à l'acceptation de la lettre de change⁵.

En ce qui concerne les récépissés-warrants et les filières, les conséquences de l'apparence n'ont pas été poussées si loin qu'en matière de connaissance. Le porteur du titre, malgré sa bonne foi, ne peut pas demander au dépositaire une valeur supérieure à celle de la marchandise réellement entreposée. Il ne pourrait le faire qu'en prouvant la faute du dépositaire, qui peut être déclaré responsable de l'inexactitude des mentions si celle-ci pouvait être décelée par un examen sommaire de la marchandise. Mais dans le cas où seule une investigation détaillée aurait permis de connaître la valeur réelle, le porteur de bonne foi ne pourrait réclamer au dépositaire que cette valeur réelle ; les

1. Escarra, n° 1123.

2. Il va de soi que si, à l'inverse, la valeur de la marchandise embarquée est supérieure à celle de la marchandise apparente, les tiers peuvent, par tous moyens, prouver l'inexactitude des mentions. L'apparence ne saurait, en effet, porter préjudice aux tiers. — Paris, 16 janvier 1928 (GP., 28.2.365).

3. T. Com., Sète, 25 fév. 1958 (DMF., 58.291, note P. C-A).

4. P. Chauveau. Traité de droit maritime, n° 754.

5. Voir n° 278.

magasins généraux n'ont pas, en effet, à procéder à un examen détaillé des marchandises qu'ils entreposent¹. Ce qui, à propos du connaissance, a été admis à l'instar des législations de type germanique ou anglo-saxon, n'a pu l'être à propos des titres qui sont restés plus conformes à la conception personnaliste française.

PARAGRAPHE 2. — L'ÉLÉMENT CACHÉ
DANS LES VALEURS MOBILIÈRES

323 — Comme celles des autres titres de crédit, l'existence et la circulation d'une valeur mobilière supposent une série de rapports sous-jacents, qui peuvent se répartir en deux catégories :

— D'une part, chaque titulaire est lié à l'établissement émetteur en vertu du droit constaté par le titre. Ce peut être un droit d'associé (action) ou un droit de créance (obligation, bon). Concernant ce rapport, la seule irrégularité concevable est celle qui résulte de la nullité de la société émettrice². La négociation des action et des obligations d'une société nulle est couramment admise, le porteur de bonne foi pouvant exercer les droits afférents à sa valeur mobilière. L'apparence formaliste née du titre se double alors de l'apparence matérielle qui résulte de l'activité sociale³.

— La seconde catégorie de rapports sous-jacents, peut donner lieu à un plus grand nombre d'irrégularités, et seule nous retiendra. Il s'agit du contrat (vente, donation, etc...) qui est intervenu entre chaque titulaire et le titulaire précédent. Il est possible que dans la circulation d'une valeur mobilière se produise un hiatus, tenant à l'irrégularité d'une transmission. La réalité devrait alors conduire à priver de tous leurs droits les titulaires postérieurs au hiatus. L'apparence vient corriger la rigueur de cette solution en permettant aux tiers de bonne foi d'ignorer l'irrégularité de fond.

Dans cette seconde catégorie de rapports, la seule que nous étudierons, l'application des règles de l'apparence est plus ou moins complète suivant que le véritable titulaire mérite ou non protection.

— Ou bien le véritable titulaire s'est dépossédé volontairement. Les règles de l'apparence sont alors pleinement appliquées au profit des tiers de bonne foi.

— Ou bien le véritable titulaire a été dépossédé contre sa volonté. Sa protection vient alors concurrencer celle des tiers de bonne foi, et par là tenir en échec, dans une certaine mesure, l'application de l'apparence.

1. Req., 21 juillet 1869 (D., 70.1.86).

2. On peut imaginer aussi que certaines valeurs soient frauduleusement émises en surnombre. Voir article de R. Secretan, dans « Recueil des travaux de la Faculté de Lausanne », octobre 1958.

A. — *Dépossession volontaire du véritable titulaire.*

324 — Les règles de l'apparence sont pleinement appliquées lorsque le véritable titulaire s'est volontairement défait de la valeur mobilière au profit d'un acquéreur qui se trouvait en réalité sans aucun droit. Il faut supposer que le contrat intervenu entre le cédant et le cessionnaire est atteint d'un vice qui le prive de tout effet juridique. Ou bien ce contrat est nul ; il s'agit par exemple d'une valeur mobilière remise en paiement d'une dette de jeu. Ou bien la valeur mobilière a été cédée en règlement d'une dette qui se trouvait déjà éteinte à l'insu du cessionnaire, à la suite par exemple d'une compensation. Ou bien encore le contrat sous-jacent est dénué d'efficacité, si par exemple la valeur mobilière a été remise en paiement de marchandises qui n'ont pas été livrées.

Dans toutes ces hypothèses, les tiers de bonne foi peuvent ignorer le vice relatif à un rapport qui leur est étranger. Ils peuvent le faire en se fondant sur l'élément visible, qu'il s'agisse de la simple détention (valeurs au porteur) ou de l'inscription (valeurs nominatives). Le tiers le plus directement intéressé est celui qui, postérieurement à la transmission irrégulière, a acquis la valeur mobilière. Il peut exercer tous les droits que comporte cette dernière : paiement des revenus, remboursement du capital, négociation du titre, etc... Mais l'apparence protège aussi le sujet passif : la personne morale émettrice est libérée par le paiement fait de bonne foi au titulaire apparent, qu'il s'agisse de la personne qui présente le titre (valeurs au porteur) ou de celle qui est inscrite sur les registres (valeurs nominatives).

325 — Ce qui permet en cette matière l'application intégrale des règles de l'apparence, c'est que la protection du véritable titulaire n'est pas aussi impérieuse que celle des tiers de bonne foi. Ce véritable titulaire, sans doute, n'est pas nécessairement indigne de tout intérêt ; il peut en effet avoir cédé la valeur mobilière à la suite d'un vice de son consentement. Mais, ayant pris le risque de participer à la vie des affaires, il doit supporter les conséquences qui peuvent résulter de la création d'une apparence trompeuse. Ces solutions sont dictées par les nécessités du crédit : la négociation des valeurs mobilières se trouverait singulièrement freinée si, à chaque transmission, il fallait vérifier la validité des transferts antérieurs.

Le porteur de bonne foi est protégé même dans l'hypothèse où une transmission a été effectuée par un incapable¹. Cette solution n'est pas en contradiction avec celle que nous avons relevée à propos des effets de commerce². Alors que dans ces

1. Ripert, n° 1594.

2. Voir n°s 314 et s.

derniers titres l'identité de l'incapable se dévoilait aux tiers par sa signature, il n'en va pas de même pour les valeurs mobilières, dans lesquelles l'identité des titulaires successifs est inconnue du dernier titulaire. La protection de ce dernier doit donc passer avant celle de l'incapable, dont les intérêts sont d'ailleurs assez sauvegardés par la responsabilité de l'intermédiaire ou (pour les titres nominatifs) par celle de l'émetteur.

Le tiers porteur de bonne foi n'est privé de ses droits que dans une hypothèse : celle où le véritable titulaire n'a même pas voulu négocier son titre. L'application des règles de l'apparence ne saurait en effet porter préjudice aux personnes qui n'ont pas pris le risque inhérent à la vie des affaires¹. Telle est l'hypothèse de la dépossession involontaire.

B. — *Dépossession involontaire du véritable titulaire.*

326 — Lorsqu'une valeur mobilière a été enlevée à son véritable titulaire contre la volonté de celui-ci, l'idée d'apparence se trouve atténuée car la protection des tiers de bonne foi se heurte à celle de la personne dépossédée. Mais le problème ne se pose pas dans les mêmes termes suivant qu'il s'agit d'un titre nominatif ou d'un titre au porteur.

a) *Dépossession involontaire en matière de valeur nominative.*

327 — Pour les valeurs mobilières à forme nominative, on peut concevoir deux sortes de dépossession involontaire, suivant que celle-ci porte sur l'inscription ou sur le certificat nominatif.

Ou bien le véritable titulaire est dépossédé de son inscription : l'établissement émetteur opère un transfert à la requête d'une personne non propriétaire. En ce cas, l'opinion courante² admet que le tiers de bonne foi, inscrit à la suite d'une telle fraude, conserve tous ses droits. L'apparence reçoit son plein effet, malgré l'intérêt légitime du titulaire dépossédé. Cette solution n'est pas en harmonie avec celle admise à propos de la fausse signature apposée sur un effet de commerce³ ; aussi, certains auteurs⁴ nuancent leur opinion en admettant que le premier acquéreur peut voir son inscription annulée même s'il est de bonne foi. De toute façon, on peut remarquer que l'apparence issue du transfert est considérée comme plus efficace que celle résultant d'une simple signature, puisque la première aboutit à sacrifier les intérêts du porteur dépossédé contre sa volonté, alors que la seconde est

1. Voir n° 13.

2. Ripert, n° 1593. — Civ., 31 oct. 1900 (D., 01.1.132). — T. civ., Seine, 27 juin 1923 (GP., 23.2.289).

3. Voir n° 296.

4. Lyon-Caen et Renault, n° 605 bis. — Lacour et Bouteron, n° 1176.

impuissante à créer des obligations à la charge de la personne dont la signature a été imitée. Une telle solution a été rendue possible en matière de titre nominatif parce que le véritable titulaire conserve presque toujours un recours en indemnité contre l'établissement émetteur qui a opéré indûment le transfert à la requête d'un faussaire.

Ou bien le véritable titulaire est dépossédé de son certificat de transfert, à la suite d'une perte, d'un vol, ou de toute autre cause indépendante de sa volonté. Le danger n'est alors pas grand, puisque le véritable titulaire reste inscrit sur les registres de l'établissement émetteur. Le seul problème qui se pose est celui relatif au paiement des revenus, car ce paiement est valablement fait au porteur du certificat nominatif. En général, le titulaire dépossédé adresse à l'établissement émetteur une déclaration de perte, qui a pour conséquence d'interdire toute opération effectuée au moyen du titre perdu ou volé ; au bout d'un certain délai et en l'absence de contestation, un nouveau certificat est délivré au titulaire dépossédé¹. L'apparence ne protège donc pas le tiers porteur du titre, solution normale puisque celui-ci, n'étant pas inscrit est nécessairement de mauvaise foi. L'établissement émetteur, lui non plus, n'est pas protégé par l'apparence, bien qu'il puisse être de bonne foi : il risque de payer deux fois, d'une part au titulaire apparent, d'autre part au titulaire véritable ; aussi, ce dernier, lorsqu'il reçoit son nouveau titre, doit remettre un engagement inconditionnel de garantie.

b) *Dépossession involontaire en matière de valeur au porteur.*

328 — En ce qui concerne les valeurs mobilières au porteur le problème de la perte ou du vol se pose dans toute son acuité, puisque l'élément visible se ramène alors à la détention du titre. La matière, d'abord réglementée par la loi du 15 juin 1872, a été complétée et simplifiée par le décret du 11 janvier 1956. Le titulaire dépossédé doit d'une part pratiquer une opposition, d'autre part faire publier cette opposition au « Bulletin Officiel ». Ces formalités ont pour but de rétablir une apparence conforme à la réalité, en avertissant les porteurs éventuels qu'il s'est produit un hiatus dans la circulation du titre. Pour résoudre le conflit qui oppose le porteur dépossédé au porteur de bonne foi, il faut donc distinguer suivant que ce dernier a acquis l'effet avant ou après la publication de l'opposition.

Le tiers qui, de bonne foi, a acquis la valeur mobilière avant la publication de l'opposition doit être protégé par l'apparence, car il n'avait aucun moyen de connaître l'irrégularité intervenue au cours de la circulation du titre. Il est donc soumis au droit

1. Bézard-Falgas. Le contentieux des oppositions sur titres, n°s 428 et suivants.

commun de la possession des meubles corporels : la revendication n'est possible que s'il y a eu perte ou vol, et seulement pendant trois ans ; de plus si l'achat a été effectué sur un marché de bourse¹, le porteur dépossédé doit rembourser le porteur de bonne foi. Si la dépossession involontaire ne résulte ni d'une perte ni d'un vol, mais par exemple d'une escroquerie ou d'un abus de confiance, l'art. 2280 n'est plus applicable et toute revendication est impossible à l'encontre du porteur de bonne foi.

Dans le cas, en revanche, où le tiers a acquis la valeur mobilière après la publication de l'opposition, il ne peut plus se prévaloir de l'apparence, car l'élément visible issu de la détention du titre est détruit par celui qui résulte de la publicité effectuée par le véritable titulaire² : l'apparence est redevenue conforme à la réalité. Aussi, l'opposant peut revendiquer son titre entre les mains de n'importe quel tiers, sans être obligé d'indemniser celui-ci.

1. T. Civ., Seine, 8 juin 1936 (Dr. pén., 37.42).

2. C'est ce qu'on exprime parfois en disant que la publication de l'opposition crée une présomption irréfragable de mauvaise foi.

CONCLUSION

329 — L'idée d'apparence permet donc au porteur d'un titre de crédit d'ignorer l'élément caché que représentent les rapports sous-jacents à la création et à la circulation du titre. Mais, ici comme ailleurs, une telle possibilité n'est ouverte qu'aux tiers qui l'ont méritée : l'application des règles de l'apparence suppose l'existence d'un élément psychologique.

CHAPITRE III

L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE

330 — Pour retrouver en matière d'effet de commerce les solutions dégagées à propos des autres applications de la théorie de l'apparence, il faudrait que l'élément psychologique se confonde avec la bonne foi au sens strict, c'est-à-dire avec *l'ignorance de la réalité*. Cette conception est celle qui se rattache le plus logiquement à l'idée d'apparence subjective : les tiers peuvent compter sur l'élément visible, même si celui-ci est différent de la réalité cachée, mais à condition d'avoir ignoré ce défaut de concordance. La protection des tiers suppose, à côté de l'apparence collective issue de la forme, une sorte d'apparence individuelle ; cette dernière n'existe pas si le tiers envisagé a eu une connaissance personnelle de la réalité que ne pouvaient lui donner les mentions du titre ; ce tiers de mauvaise foi n'a pas à se plaindre si on lui applique les effets de droit issus de la réalité et non ceux issus de l'apparence, car il ne pouvait légitimement compter sur un élément visible dont il savait la fictivité. C'est l'erreur personnelle du tiers qui est alors protégée par la loi.

Cette conception de l'élément psychologique — ignorance de la réalité — est celle la plus généralement admise dans les droits continentaux. Mais, dans la matière qui nous occupe, les caractères originaux de l'apparence permettent de concevoir deux autres notions de l'élément psychologique, l'une plus large que la conception normale, l'autre plus étroite.

331 — Dans une première conception, les tiers peuvent se prévaloir de l'apparence même s'ils ont connu la réalité ; seuls restent en dehors de toute protection les tiers qui ont participé au rapport cambiaire dans un *but frauduleux*. Cette conception met sous la protection de l'apparence un plus grand nombre de tiers que la conception normale, la marge étant représentée par les personnes qui, en acquérant l'effet, ont eu une connaissance personnelle du vice de fond, sans pour cela avoir agi dans un but frauduleux. Admettre cette notion de l'élément psychologi-

que aboutit à modifier le fondement de la théorie de l'apparence : elle ne protège plus les personnes qui ont commis une erreur en se fiant à elle ; son rôle est accru, elle rapproche l'effet de commerce d'une véritable monnaie. L'erreur individuelle importe peu, seule compte l'apparence objective¹. Il reste que la fraude, comme en toute matière, empêche celui qui s'en est rendu coupable de se prévaloir de la créance cambiaire².

Le droit anglais est traditionnellement favorable à cette conception, non pas certes pour des raisons théoriques, mais bien plus simplement parce qu'une telle solution favorise le crédit et la circulation des titres.

332 — Une autre conception, à l'opposé de la précédente, restreint le nombre des tiers qui peuvent se prévaloir de l'apparence : ceux-ci doivent *non seulement avoir ignoré la réalité, mais encore avoir fait un effort pour la connaître*. En d'autres termes, sont exclues du bénéfice de l'apparence les personnes qui ont commis une faute lourde en ne se rendant pas compte de l'irrégularité du fond. Une telle notion de l'élément psychologique était inconcevable lorsque l'apparence était matérielle, car la seule existence de l'élément visible impliquait que les tiers n'avaient commis aucune faute en ignorant l'élément caché. Ici, du fait que l'élément visible est artificiel, une faute est possible de la part des tiers qui auraient ignoré une autre manifestation — naturelle — de la réalité. L'existence d'un rapport extra-cambiaire valable, par exemple, peut quelquefois être connu sans recherches très approfondies ; s'il s'abstient de cet examen sommaire, s'il se contente des mentions littérales du titre, le tiers est fautif, et, dans la conception qui nous occupe, ne peut se prévaloir de l'apparence³.

Cette conception ne modifie pas le fondement de l'apparence, mais son contenu⁴. L'élément visible résultant de la forme n'est plus seul à compter ; il faut lui ajouter un nouvel élément visible, semblable à celui constitutif de l'apparence matérielle, résultant du fond et non de la forme, naturel et non artificiel. Pour que les tiers soient protégés, il faut que ces deux sortes d'éléments visibles existent à la fois ; si le second contredit le premier, on dira que les tiers sont en faute de ne pas s'en être aperçus, et on les privera du bénéfice de l'apparence.

1. Voir n° 21.

2. Friedel, op. cit., n° 104.

Cette conception peut se nuancer suivant le degré de gravité que l'on exige de la faute. Normalement, c'est la faute lourde qui soustrait le tiers au bénéfice de l'apparence.

4 Cette conception se ramène au fond à une différente appréciation de la légitimité de l'erreur. Celle-ci, pour être légitime, doit s'appuyer non seulement sur le titre, mais encore sur des éléments extérieurs.

333 — *En définitive*, ces trois conceptions peuvent se classer dans l'ordre suivant en partant de celle qui fait bénéficier le plus grand nombre de tiers de la théorie de l'apparence :

- conception n° 1 : absence de but frauduleux ;
- conception n° 2 : ignorance de l'élément caché (bonne foi au sens strict) ;
- conception n° 3 : ignorance de l'élément caché et absence de faute lourde.

Il reste évidemment qu'on peut imaginer des multitudes de nuances, qui permettent de passer insensiblement d'une conception à une autre. Et nous allons constater précisément que les solutions du droit positif coïncident rarement avec les conceptions théoriques ; les raisons doivent se trouver d'une part dans l'origine du droit du change, qui est né de la pratique, et d'autre part dans son unification, qui a exigé de concilier des solutions irréductiblement opposées.

Deux catégories de personnes, nous le savons, sont protégées par l'apparence : le sujet actif, qui peut compter être payé selon les mentions du titre, le sujet passif, qui peut compter être libéré s'il paye selon les mentions du titre. L'élément psychologique se retrouve à propos de chacune de ces catégories.

SECTION I. — L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE NECESSAIRE AU SUJET ACTIF

334 — Le sujet actif, c'est-à-dire le porteur légitime, ne peut compter être payé selon les mentions du titre que s'il est de bonne foi. L'expression « porteur de bonne foi » s'est retrouvée fréquemment tout au long de notre étude. Il reste maintenant à la définir. On emploie ces termes parce qu'ils sont commodes, mais au prix d'un manque de précision ; la bonne foi n'est en effet pas nécessairement l'ignorance du vice, l'ignorance de l'élément caché ; elle marque plus généralement que le porteur s'est montré digne de la protection fondée sur l'apparence. Cette bonne foi du porteur doit se manifester, dans tous les cas au moment de l'acquisition du titre ; le porteur fait foi à l'apparence lorsque l'effet lui vient pour la première fois dans les mains, c'est donc à ce moment qu'il faut se placer pour apprécier si cette foi mérite protection. Dans tous les cas, également, la bonne foi se présume ; c'est là un principe de droit commun qui vient encore renforcer la protection du crédit, puisque le sujet actif peut réclamer paiement de la créance cambiaire tant que le sujet passif n'a pas prouvé qu'il ne le méritait pas.

Trois sortes d'éléments psychologiques sont appliquées par notre droit positif au sujet actif du rapport cambiaire :

- le premier, le plus général, est celui de l'art. 121 c. com. d'après lequel le porteur, pour bénéficier de l'opposition des exceptions, doit avoir ignoré le préjudice causé au débiteur par son acquisition ;

— dans certains cas, le texte précédent étant inapplicable, il faut revenir à la conception n° 2 : ignorance de l'élément caché ;

— enfin, l'art. 120 c. com. pose une règle spéciale en cas de dépossession involontaire, la revendication ne réussissant que si le porteur a connu l'élément caché ou a commis une faute lourde en l'ignorant (solution conforme à la conception n° 3)

PARAGRAPHE 1. — IGNORANCE DU PRÉJUDICE CAUSÉ AU DÉBITEUR

335 — Art. 121 c. com. : « Les personnes actionnées en vertu » de la lettre de change ne peuvent pas opposer au porteur les » exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur » ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en » acquérant la lettre n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ».

Ce texte reprend l'art. 17 de la loi uniforme et s'applique à tous les effets de commerce (chèque : D-L 1935, art. 22). Il suppose que l'on se trouve dans un cas d'inopposabilité des exceptions, sa formule sibylline ne correspond à aucune des conceptions que nous avons énumérées ; il faut en chercher la raison dans son caractère transactionnel. Une fois ce caractère marqué, nous nous demanderons l'application qu'a réservée la jurisprudence à l'art. 121.

A. — Caractère transactionnel de la formule de l'art. 121.

a) Les conceptions en présence.

336 — Avant 1935, les doctrines française¹ et allemande² enseignaient en général que le porteur pour bénéficier de l'inopposabilité des exceptions, devait avoir ignoré le vice qui infectait l'engagement du débiteur ; la jurisprudence³ était favorable à cette solution, conforme à l'idée d'apparence fondée sur l'erreur légitime, encore que le mot ne fût pas prononcé (conception n° 2) ; le porteur pouvait compter être payé selon les mentions du titre, mais à condition qu'il ait ignoré le défaut de concordance entre l'élément visible et l'élément caché. Dans cette conception « le principe d'inopposabilité est une permission d'ignorance »⁴. Ainsi, le tiré pourrait par exemple opposer au

1. Wahl, n° 1933. — Lescot, note sous Civ., 16 juillet 1928, au S., 29.1.57. — A. Mater. De la bonne foi nécessaire chez le porteur d'un effet. Rev. Dt. banc., 1925.385.

2. Jacobi. Ehrenberg's Handbuch, IV, p. 258.

3. Civ., 4 déc. 1854 (D., 54.1.413). — Civ., 19 mars 1902 (D., 03.1.448). — Req., 23 janvier 1928 (DH., 28.114). — Civ., 25 mars 1931 (S. 31.1.267).

4. Pichon. De l'inopposabilité des exceptions au porteur d'un titre à ordre. Thèse, Paris, 1904, p. 159.

porteur l'exception de jeu à condition de prouver que ce porteur savait que l'effet avait été accepté en règlement d'une dette de jeu. L'élément psychologique se confond, dans cette position classique continentale, avec la bonne foi au sens strict.

Toutefois, dès avant 1935, une partie de la doctrine française¹ soutenait, adoptant la conception n° 1, que seule la fraude privait celui qui s'en était rendu coupable du bénéfice de l'inopposabilité des exceptions. Pour ces auteurs, le porteur, même connaissant le vice de fond, a fait foi au titre, et a le droit d'en considérer tous les signataires comme valablement obligés envers lui. Cette opinion a été justement critiquée², car on ne peut soutenir qu'une personne fait foi à un titre dont elle connaît le vice. En réalité, si l'on admet la conception n° 1, il ne faut pas l'expliquer par la protection de la confiance des tiers, mais, comme nous l'avons dit³, par une idée d'apparence objective.

Si sur le plan théorique, les critiques adressées à la conception traditionnelle continentale sont restées sans beaucoup d'efficacité, cette conception allait par contre se heurter à Genève, au droit anglais qui avait admis depuis longtemps, pour des raisons pratiques, la conception n° 1, celle du but frauduleux⁴.

Les deux solutions étaient irréductiblement opposées ; solution continentale plutôt protectrice du débiteur cambiaire ; solution anglaise plutôt favorable au créancier, et, par voie de conséquence, à la souscription des effets de commerce. Mais, comme l'a montré M. Friedel⁵, aucune des deux conceptions ne permettait plutôt que l'autre une accélération de la circulation, car, de toutes manières, le porteur pouvait s'abstenir de recherches compliquées en recevant l'effet, et se contenter d'examiner les mentions littérales du titre.

À Genève, pour ne mécontenter personne, le comité de rédaction adopta la formule de l'art. 17, devenue celle de notre art. 121, qui se place à mi-chemin entre les conceptions n° 1 et 2, et qui de ce fait ne possède aucun fondement théorique.

b) *La conciliation des conceptions opposées.*

337 — La formule de l'art. 121 ne satisfait personne, justement parce qu'elle est de transaction. Mais elle existe et il faut donc l'expliquer. Le but du législateur de Genève était d'adopter une solution intermédiaire entre la conception n° 1, anglaise, et la conception n° 2 continentale ; la formule de l'art. 121 doit donc s'interpréter par rapport à ces deux conceptions.

1. Lacour et Bouteron, II, n° 1299. — Lyon-Caen et Renault, IV, n° 131. D'autres auteurs avaient adopté une position intermédiaire. — Lescot. Des effets de commerce, I, n° 277. — Brèthe de La Gresséye, RTD. Civ., 1926.58.

2. Laurent, op. cit., n° 108.

3. Voir n° 331.

4. Bill of exchange Act, 1882, art. 29, al. 3.

5. Op. cit., n° 104, in fine.

Le porteur peut bénéficier de l'apparence même s'il a connu l'irrégularité du fond ; il suffit qu'il n'ait pas eu conscience, en acquérant l'effet, d'agir au détriment du débiteur. Un exemple cité à Genève¹ illustre cette différence : un vendeur de marchandises tire, en règlement du prix, une traite sur son acheteur, que ce dernier accepte ; les marchandises se révélant défectueuses, l'acheteur possède contre son vendeur l'exceptio non adimpleti contractus, et le tiers porteur connaît cette situation ; l'exception lui est cependant inopposable si, en acquérant l'effet, il avait des raisons de croire que l'affaire s'arrangerait et que donc l'accepteur ne subirait aucun préjudice.

Mais cette conscience d'agir au détriment du débiteur ne se ramène pas nécessairement à une fraude. Cette dernière suppose chez le porteur une intention coupable qui est absente de la formule de l'art. 121. Pour être soustrait au bénéfice de l'apparence, il suffit que le porteur ait eu la connaissance du préjudice subi par le débiteur, mais il n'est pas nécessaire qu'il ait agi intentionnellement dans le but de porter ce préjudice².

A. — Application par la jurisprudence de l'art. 121.

338 — On conçoit que la mise en œuvre pratique d'une formule aussi nuancée soulève quelque difficulté. Le Comité de rédaction avait laissé son application à l'appréciation des tribunaux ; ces derniers se sont le plus souvent laissés guider par des raisons d'espèce, ce qui complique singulièrement tout essai de synthèse de la jurisprudence.

Certaines décisions³ semblent interpréter l'art 121 selon la conception n° 1, en assimilant la « conscience d'agir au détriment du débiteur » au but frauduleux. Un arrêt de la Cour de Montpellier⁴ soustrait une banque du bénéfice de l'inopposabilité des exceptions, au motif qu'elle avait favorisé les agissements du tireur à l'encontre du tiré et qu'elle s'était prêtée par là « à un concert frauduleux lui enlevant la qualité de porteur de bonne foi ».

On peut justifier de telles solutions en constatant qu'elles font appel à un raisonnement à fortiori. En établissant la fraude commise par le tiers porteur, elles établissent du même coup que ce porteur avait conscience du préjudice subi par le débiteur ; agir intentionnellement à l'encontre d'une personne suppose néces-

1. Rapporté par Lescot, la nouvelle législation, n. 96.

2. Ripert, n° 1842. — Toujas, I, n° 183. — Carry, dans les mélanges Simonin, p. 32 et s. Contra : Percerou et Bouteron, I, n° 82. Ces auteurs à propos de l'art. 121 c. com., parlent de la « volonté » de causer un préjudice. — Vouin. La bonne foi. Paris, 1939, qui parle de « l'intention de nuire ».

3. Lyon, 23 mars 1938 (DH., 39.S.3). — Montpellier, 9 nov. 1950 (D., 51.5.23 ; RTD Com., 51.551, note Becqué-Cabrillac). — Rennes, 2 déc. 1952 (JCP., 53.IV.159).

4. 9 nov. 1950 (préc.).

sairement que l'on a conscience du dommage causé à cette personne. Or, quand la fraude existe, il est plus facile de prouver cette fraude qu'une simple conscience ; de là découle la justification des décisions citées, qui ne font certainement pas application incorrecte de la formule de l'art. 121.

339 — Si l'interprétation précédente peut sans trop de mal se concilier avec la volonté du législateur, il n'en est pas de même de celle¹ qui, se recommandant de la conception n° 3, refuse le bénéfice de l'apparence au porteur qui a seulement commis une faute lourde. Tel est le cas d'un arrêt de la Cour de cassation², à propos des traites dont l'échéance remontait à 12 ans ; le tiré opposait au tiers porteur la compensation de sa dette à l'égard du tireur ; cette exception fut jugée opposable car le porteur « aurait dû non seulement s'inquiéter auprès du tireur des raisons de son inaction prolongée, mais aussi, ce qu'il n'a pas fait, entrer en rapport préalable avec le tiré ». Dans cette espèce, par conséquent, le porteur n'a pas connu l'irrégularité de fond, il est seulement en faute de n'avoir pas fait un effort pour la connaître.

Une telle solution est certainement en contradiction avec les termes de l'art. 121, car, pour avoir conscience du préjudice subi par le débiteur, il faut avoir avant tout connaissance du vice de fond qui motive ce préjudice. La formule de l'art. 121, intermédiaire entre les conceptions n° 1 et n° 2, est absolument inconciliable avec la conception n° 3. Comme on l'a remarqué³, l'arrêt de la Cour de Cassation est contraire au fondement de l'opposabilité des exceptions « qui, précisément, a pour but de dispenser le porteur de se livrer à des vérifications autres que celles de la régularité formelle du titre ». En réalité, un tel arrêt ne peut s'expliquer que par des raisons d'espèce : la Cour de Cassation n'a pas voulu que des traites échues et non protestées depuis 12 ans pussent avoir un effet cambiaire, elle a en quelque sorte étendu la notion de porteur négligent.

340 — A côté de ces décisions plus ou moins aberrantes on constate que la majorité de la jurisprudence⁴ fait application correcte de l'art. 121, en le maintenant à mi-chemin entre les

1. T. Civ. Castelsarrazin, 6 avril 1936 (G. Trib., 27 oct. 1936). — T. Com. Béziers, 1^{er} mars 1937 (DH., 37.263). — Req., 29 avril 1947 (JCP., 47.II.3602, note Lescot ; S. 48-1.113, note Lyon-Caen ; Banque 47.37, note X. Marin).

2. Req., 29 avril 1947 (préc.).

3. Friedel, *op. cit.*, n° 108.

4. T. Com. Seine, 4 nov. 1943, cité par M. Hamel (cours de Dt comm., 44.45). — T. Com. Seine, 25 mars 1949, cité par M. Friedel (*op. cit.*, n° 105). — T. Com. Seine, 26 janvier 1956 (D., 56.5.139 ; Banque, 56.379, note X. Marin ; JCP., 56.II.9502, note Roblot). — Paris, 4 juillet 1957 (D., 58.156, note Houlin). — Com., 26 juin 1956 (JCP., 56-II-9600, note Roblot ; RTD Com., 57.147, note Becqué-Cabrillac). — Com., 6 nov. 1957 (RTD Com., 58.354 obs. Becqué-Cabrillac).

conceptions n° 1 et n° 2. On peut voir une décision de principe dans l'arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile, du 26 juin 1956¹, qui déclare : « le législateur a réservé le cas où le porteur a eu conscience, en consentant à l'endossement du titre à son profit, de causer un dommage au débiteur cambiaire, par l'impossibilité où il le mettait de se prévaloir vis-à-vis du tireur ou d'un précédent endosseur d'un moyen de défense issu de ses relations avec ses derniers ». C'est là se placer dans la position intermédiaire qu'a voulu prendre le législateur de Genève. Telle est certainement l'interprétation correcte de l'art. 121, celle que paraît adopter la jurisprudence de plus en plus clairement, et que M. Lescot² compare justement à la fraude paulienne.

En pratique, il est vrai, les solutions sont beaucoup plus nuancées. Comme ont fait remarquer MM. Roblot³, Becqué et Cabril-lac⁴, conscience du préjudice et connaissance de l'exception sont deux notions bien voisines et risquent souvent de se confondre dans l'esprit des juges. « Bien souvent, le tiré ne pourra démontrer que la connaissance effective par le porteur de l'existence d'exceptions, et il appartiendra au tribunal de déterminer si cette connaissance de fait impliquait aussi la conscience du préjudice résultant de l'endossement ».

PARAGRAPHE 2. — IGNORANCE DU VICE DE FOND

341 — La formule de l'art. 121 ne s'applique pas à tous les cas où l'élément caché est différent de l'élément visible. Priver le porteur du bénéfice de l'apparence parce qu'il a agi sciemment au détriment du débiteur suppose d'une part que ce débiteur est digne d'intérêt (il ne l'est pas s'il a commis une fraude) et d'autre part que l'acquisition de l'effet par un tiers risque de lui porter préjudice. Faute de l'une de ces deux conditions, on doit retomber dans la conception normale de l'élément psychologique : celle de la bonne foi au sens strict, c'est-à-dire de l'ignorance du vice de fond.

A. Le débiteur est coupable d'une fraude.

342 — Quand le débiteur a commis une fraude, il paraît difficile d'exclure le porteur parce qu'il a eu connaissance du préjudice subi par le débiteur. Ce dernier n'étant pas digne d'inté-

1. Précité.

2. Note sous req., 29 avril 1947, précité.

3. Notes au JCP., 56.11.9502 et 9.600.

4. Note à la RTD Com., 1957.147.

rêt, le préjudice qu'il subit ne doit en aucune manière entrer en ligne de compte¹. Il en est ainsi dans deux hypothèses :

- en matière d'effets de complaisance, car le débiteur cambiaire est alors l'auteur ou, au moins, le complice de la fraude ;
- en matière de fausseté des mentions, lorsque le débiteur est auteur ou complice du faux.

Certains auteurs² et certains arrêts³ appliquent en cette matière la conception n° 1 : le porteur de bonne foi ne serait privé de ses recours que s'il s'était rendu coupable d'une fraude. Mais cette fraude ne serait pas, comme dans le cas général, dirigée contre le débiteur cambiaire ; il s'agirait de la participation du porteur à la fraude même de ce débiteur cambiaire. Le porteur serait exclu du bénéfice de l'apparence dans le seul cas où il aurait été complice de la complaisance ou du faux. Cette conception élargit à l'excès la notion de tiers de bonne foi ; comme on l'a marqué⁴, elle procède d'une confusion entre les vrais effets de complaisance et les effets sérieux souscrits pour rendre servive⁵ ; pour ces derniers, certes, la simple connaissance de la nature du titre ne saurait suffire à enlever au porteur ses recours ; mais pour les « mauvais » effets de complaisance — pour nous, les seuls effets de complaisance — il faut dégager une notion d'élément psychologique plus étroite que l'absence de fraude.

On pourrait alors être tenté d'adopter la conception n° 2, qui est celle du droit commun, et d'après laquelle le porteur de bonne foi est celui qui a ignoré le vice de fond, c'est-à-dire le défaut de concordance entre l'apparence et la réalité. Mais une telle solution aboutirait, à l'inverse de la précédente, à restreindre à l'excès la notion de bonne foi et, du même coup, favoriserait injustement le débiteur coupable de la fraude ; il ne serait pas juste que celui-ci, dans le cas où il est coupable, soit à l'abri des recours d'un plus grand nombre de tiers que dans le cas où il est innocent.

343 — Il faut donc conserver un élément psychologique intermédiaire entre les conceptions n° 1 et n° 2, sans pour cela revenir à la formule de l'art. 121. La solution a été trouvée dès avant 1935 et est prônée par la grande majorité de la doctrine⁶ et de la jurisprudence⁷ : la bonne foi du porteur consiste dans l'igno-

1. A notre connaissance, la question n'a jamais été étudiée de manière approfondie. Voir cependant les réflexions de M. X. Marin, sous req., 29 avril 1947, précité.

2. Lacour et Bouteron, II, n° 1395.

3. Req., 27 juillet 1897 (D., 97.1.607) : — Montpellier, 9 nov. 1950 (RTD Com., 51.551, note Becqué-Cabrillac).

4. Lescot et Roblot, II, n° 976.

5. Sur cette distinction, voir n° 287.

6. Hémard. Des effets de complaisance, Thèse, Paris, 1900, p. 108. — Lescot et Roblot, II, n° 976. — Lyon-Caen et Renault, IV, n° 537. — Thaller et Percerou, n° 1438.

7. Voir les références suivantes.

rance de la fraude commise par le débiteur. Cette conception est intermédiaire entre les conceptions n^{os} 1 et 2 :

— Elle est plus étroite que l'absence de fraude, car connaître la fraude n'est pas nécessairement s'en être rendu complice.

— Elle est plus large que l'ignorance du vice de fond : le porteur connaît nécessairement ce vice s'il connaît la fraude, mais l'inverse n'est pas vrai car le porteur pourrait savoir qu'il n'y a pas de rapport extra-cambialaire valable sans pour cela connaître l'origine frauduleuse de cette absence.

La jurisprudence¹ applique couramment cette conception à la matière des effets de complaisance. Le porteur ne peut pas bénéficier de l'apparence s'il a connu la complaisance. La preuve de cette connaissance, remarquons-le, est plus facile à apporter que celle de l'intention frauduleuse ou celle de la conscience du préjudice subi. Elle résulte souvent de circonstances de fait², comme l'importance du montant de l'effet eu égard à la situation du tiré, le renouvellement des traites, etc...³.

La même notion d'élément psychologique est valable lorsque le débiteur s'est rendu coupable de faux au sens large. Le porteur est privé de ses recours s'il a connu la fraude : supposition ou altération ; mais, à l'égard des signataires non coupables, il faut certainement décider que l'art. 121 reprend application, l'idée de préjudice subi par le débiteur conservant alors toute sa valeur.

B. — *Le débiteur ne peut subir de préjudice.*

344 — Quand l'irrégularité de fond n'est opposable à personne, l'acquisition de l'effet par un tiers ne saurait porter aucun préjudice au débiteur, car celui-ci ne peut pas perdre des moyens de défense qu'il n'a jamais possédés. Il est donc impossible d'appliquer en cette matière l'art. 121 ; le porteur ne peut pas agir sciemment au détriment du débiteur. Mais, ici, rien n'empêche de revenir au droit commun de la conception n^o 2 : ignorance du vice de fond.

Il en est d'abord ainsi dans le cas où le consentement du débiteur cambialaire est vicié et où ce vice n'a pas été le résultat des

1. Req., 31 janvier 1849 (D., 49.1.134). — Req., 30 juin 1919 (G.P., 19.2.73). — Civ., 3 nov. 1932 (G.P., 33.1.40). — Req., 11 mars 1935 (G.P., 35.1.740).

2. En prenant en considération des circonstances de fait, on se rapproche quelquefois de la conception n^o 3 : telle circonstance faisant présumer la connaissance du porteur, la même circonstance établit sa faute s'il a ignoré la réalité.

3. Le plus souvent, le porteur est une banque escompteuse, et les effets de complaisance sont alors classés dans sa comptabilité sous la rubrique « effets spéciaux », ce qui facilite singulièrement la preuve de la connaissance.

agissements de l'un des créanciers cambiaux. Cela exclut le dol, nécessairement pratiqué par le co-contractant et auquel par conséquent l'art. 121 peut s'appliquer. Cela concerne en revanche l'erreur, dans tous les cas, et la violence si elle provient de faits extérieurs (force naturelle ou agissements de personnes étrangères au rapport cambial) : on ne conçoit pas que de tels vices puissent être opposés à l'un des sujets actifs et donc que le débiteur puisse subir un préjudice du fait de la circulation du titre. Cela explique la jurisprudence qui applique en cette matière la conception n° 2 : le porteur conserve ses recours s'il ignore l'erreur ou la violence dont le débiteur a été victime¹.

Une solution analogue s'impose quand le débiteur est un mandataire sans pouvoirs ou qui dépasse ses pouvoirs². D'éminents auteurs³, il est vrai, soutiennent qu'en cette matière la bonne foi du porteur n'est pas nécessaire, en raison du silence sur ce point de l'art. 114, al. 3 c. com. Cette opinion nous paraît excessive : la bonne foi du porteur est une condition de droit commun qui, doit s'appliquer tant que le législateur ne décide pas expressément le contraire. Mais on ne peut pas appliquer l'art. 121, car le débiteur, ne pouvant opposer à personne son défaut de pouvoir, ne risque pas de subir un préjudice du fait de la circulation du titre. Il faut donc décider que la bonne foi est ici l'ignorance du vice. Le porteur ne mérite pas d'être protégé s'il a connu le défaut ou l'excès de pouvoir, car alors il n'a pu légitimement ajouter foi à la signature du pseudo-mandataire⁴.

PARAGRAPHE 3. — ABSENCE DE FAUTE LOURDE

345 — Art. 120, al. 2 c. com. : « Si une personne a été déposée d'une lettre de change par quelque événement que ce soit, le porteur justifiant de son droit de la manière indiquée à l'alinéa précédent n'est tenu de se dessaisir de la lettre que s'il l'a acquise de mauvaise foi, ou si, en l'acquérant, il a commis une faute lourde ».

Cette disposition reprenant l'art. 16 de la loi uniforme, est valable pour tous les effets de commerce (chèque : D-L. 1935, art. 21), et concerne l'hypothèse où le porteur n'a pas en face de lui un débiteur qui lui oppose une exception, mais une personne qui, ayant été dépossédée, est le véritable titulaire de la créance cambiale⁵. L'élément psychologique nécessaire au por-

1. Friedel, op. cit., n° 106.

2. Sur le défaut ou l'excès de pouvoirs, voir nos 317 et s.

3. Lescot et Roblot, I, n° 145.

4. En ce sens : Staub-Stranz, Wechselgesetz, art. 8, note 16. Bonelli, La cambiale, n° 59.

5. Sur la dépossession involontaire, voir nos 301 et s.

teur n'est alors plus le même : il s'agit ici de la conception n° 3, qui restreint au maximum le nombre des tiers placés sous la protection de l'apparence.

A. — *Le fondement de la formule de l'art. 120.*

346 — La restriction apportée par l'art. 120 s'explique par la protection de la personne dépossédée. Cette protection, nous l'avons vu, fait échec dans une certaine mesure à l'idée d'apparence. Ici, l'idée d'apparence reçoit application malgré la dépossession, le porteur peut résister victorieusement à la revendication du véritable titulaire; car il a pu compter sur la régularité de la forme du titre. Dans la mesure où elle s'applique, l'idée d'apparence est modifiée quant à son élément psychologique : pour être protégé, le porteur ne doit pas seulement avoir ignoré la dépossession, il doit aussi avoir fait son possible pour la connaître. La protection de la personne dépossédée est ainsi plus efficace, puisque la revendication est possible contre un plus grand nombre de tiers. On abandonne l'apparence purement formaliste pour adopter une notion plus large de l'élément visible, qui, à côté de ses manifestations formalistes, comprend certaines manifestations extra-formalistes.

Par cette voie, remarquons-le, on risque de porter atteinte à la rapidité de la circulation; les porteurs, en effet, ne peuvent plus se contenter d'examiner les mentions littérales du titre qui leur passe dans les mains : ils doivent aussi se livrer à certaines investigations. C'est de ce prix qu'il a fallu payer les exigences de la justice.

347 — Ces raisons doivent conduire à limiter l'application de l'art. 120 à l'hypothèse strictement prévue par le texte, celle où le porteur de bonne foi se trouve en face d'un porteur dépossédé. Certains auteurs¹ ont pourtant voulu étendre cette disposition à l'exception de perte ou de vol, soutenant qu'une différence dans l'élément psychologique ne se concevait pas, s'agissant toujours du même vice de fond. Cette opinion nous paraît discutable, car, si le vice est le même, ce n'est pas la même personne qui l'oppose; dans le cas de revendication, il s'agit du porteur dépossédé, dont la protection implique une notion exceptionnelle de l'élément psychologique; l'exception de perte ou de vol, en revanche, est opposée par le débiteur cambiaire, et l'on revient donc dans le cas général de l'inopposabilité des exceptions auquel s'applique l'art. 121 et non l'art. 120.

On pourrait, il est vrai, répliquer en disant que le paiement fait au débiteur aboutit en définitive à léser le porteur dépossédé, puisque celui-ci ne pourra plus réclamer paiement à son tour; on

1. Voir notamment Friedel, op., cit., n° 98.

pourrait en conclure que, la protection du porteur dépossédé étant toujours en jeu, il faut adopter la notion restrictive de l'art. 120 et non la notion extensive de l'art. 121.

Cet argument est réfutable : en ce qui concerne le paiement la protection du porteur dépossédé résulte suffisamment de l'opposition qu'il peut faire¹ ; s'il omet de la faire et que le porteur de bonne foi soit payé, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même et ne mérite donc pas la protection résultant de l'assimilation de la faute lourde à la mauvaise foi. Il faut par conséquent décider que, pour l'exception de perte et de vol, c'est l'art. 121 qui reçoit application.

B. — Le contenu de la formule de l'art. 120.

348 — Limité à la seule revendication du porteur dépossédé, l'élément psychologique défini par l'art. 120 suppose, pour exclure le porteur du bénéfice de l'apparence, que celui-ci soit de mauvaise foi ou qu'il ait commis une faute lourde. Les deux termes — mauvaise foi et faute lourde — sont distincts et alternatifs².

a) La mauvaise foi.

349 — La mauvaise foi n'est pas autre chose que la connaissance du vice, la connaissance de la dépossession involontaire. Cela suffit à obliger le porteur à se dessaisir de l'effet ; il n'est pas nécessaire qu'il ait eu conscience d'agir au détriment de la personne dépossédée, et il est encore moins nécessaire qu'il ait été complice de la fraude. Cette notion de bonne foi est conforme à la conception traditionnelle de notre droit : du moment que le porteur a connu le hiatus de la circulation du titre, il n'a pu faire foi à l'apparente régularité et ne mérite donc pas la protection cambiaire.

La logique devrait conduire à appliquer cette notion de bonne foi à n'importe quel tiers porteur de l'effet de commerce. Pourtant, à Genève, la déclaration suivante³ fut insérée dans le rapport du Comité de rédaction : « Il a été entendu que, lorsqu'un » premier endossataire a ignoré la perte ou le vol (ou plus généralement le fait que le porteur a été illégitimement dépossédé) » de la lettre de change, celle-ci se trouve par là même purgée » du vice dont elle était entachée de ce chef, et qu'elle peut être » transmise ultérieurement à un autre endossataire, même si ce

1. Sur l'opposition, voir n° 302.

2. A Genève, la délégation allemande avait proposé de faire rentrer l'ignorance par faute lourde dans la notion de mauvaise foi ; comme le fit remarquer le président de la conférence, c'était là une « hérésie juridique ». Rapp. par Lescot et Roblot, II, n° 745, note 3.

3. Comptes rendus, p. 132, n° 44.

» dernier connaît la dépossession illégitime antérieure ». Cette solution critiquée, par la doctrine¹, s'explique mal : le fait pour le titre de passer entre les mains d'un porteur de bonne foi ne rend pas plus digne d'intérêt un porteur ultérieur de mauvaise foi, et ne devrait donc pas empêcher contre ce dernier la revendication du vrai titulaire.

b) *La faute lourde*².

350. — Si le porteur est de bonne foi, il peut encore être obligé de se dessaisir du titre dans le cas où il a commis une faute lourde. C'est là que se manifeste la protection de la personne dépossédée : le porteur doit, en acquérant l'effet, faire preuve d'une certaine diligence pour se rendre compte si son endosseur est bien le véritable titulaire de la créance cambiaire ; faute de cette diligence, il commet une faute lourde et se voit privé du bénéfice de l'apparence. Ici, le porteur a fait foi au titre, mais cette foi n'était pas légitime, car elle ne s'appuyait que sur un élément visible formel, alors qu'elle aurait dû s'appuyer aussi sur un élément visible différent, nécessitant certaines investigations supplémentaires.

La faute lourde est une question d'espèce. Elle s'apprécie différemment suivant la qualité de l'endossataire ; si par exemple celui-ci est un banquier escompteur, la diligence est appréciée avec plus de sévérité, car les moyens d'investigation sont plus poussés (un banquier possède en général un spécimen de la signature de son endosseur). De même, la faute lourde sera admise plus facilement si l'endossataire est en relations d'affaires avec son endosseur et donc connaît sa signature et ses habitudes. De manière générale, il faut décider que l'endossataire commet une faute lourde chaque fois qu'un examen quelque peu attentif du titre et des circonstances aurait dû lui révéler la dépossession du légitime propriétaire.

SECTION 2. — L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE NECESSAIRE AU SUJET PASSIF

351. — Le sujet passif comprend non seulement le débiteur principal (tiré ou souscripteur) mais encore tous les signataires de l'effet de commerce. Tous, lorsqu'ils payent, peuvent faire foi à la régularité de la forme, et donc compter être libérés de leur dette. Cette libération concerne d'une part leur dette cambiaire, et d'autre part, leur dette extra-cambiaire, en règlement de laquelle ils avaient signé le titre.

1. Lescot et Roblot, II, n° 745.

2. Voir Roblot, De la faute lourde en droit privé français, à la RDT Civ., 1943.17.

Mais, pour être ainsi protégé par l'apparence, le sujet passif doit, comme le sujet actif, en être digne. Il le sera si l'élément psychologique existe. Ici aussi, cet élément est présumé. C'est au véritable titulaire de la créance de prouver que le débiteur ne réunit pas les conditions nécessaires pour être libéré par son paiement. L'élément psychologique doit évidemment se manifester au moment du paiement, car c'est à ce moment que le sujet passif fait foi à l'apparence.

Deux idées contradictoires dominent le problème qui nous occupe :

— La protection du véritable titulaire de la créance exige que le plus petit nombre possible de sujets passifs soit placé sous la protection de l'apparence ; si, en effet, le débiteur est libéré par le paiement fait à un porteur sans droit, c'est finalement le véritable titulaire qui supporte le risque du paiement. Pour cette raison, c'est la conception la plus restrictive de l'élément psychologique qui est appliquée au sujet passif, la conception n° 3 : pour être libéré, le sujet passif doit avoir fait un certain effort pour connaître la réalité.

— Les nécessités du crédit exigent à l'opposé que le paiement soit rapide. Aussi, les vérifications demandées au sujet passif sont limitées à ce qu'il peut examiner au moment même du paiement : le titre et son porteur. Le débiteur n'a pas à procéder à des vérifications plus poussées qui lui feraient perdre du temps¹.

C'est l'équilibre de ces deux idées qui détermine l'élément psychologique nécessaire au sujet passif : absence de faute, mais faute limitée dans son contenu. Quant à la mesure de cette faute, elle varie suivant que le sujet passif est un banquier (une faute légère suffit alors) ou non (il faut alors une faute lourde).

PARAGRAPHE 1. — SUJET PASSIF PROFESSIONNEL

352 — Le tiré du chèque est nécessairement un banquier. Il a donc à sa disposition des moyens d'investigation plus puissants que ceux d'un tiré ordinaire : il connaît les habitudes du commerce et il est en relation d'affaires avec un grand nombre de personnes. En contre-partie, sa diligence est appréciée plus sévèrement quand il est amené à payer un chèque.

La lecture des textes, pourtant, ne dévoile rien de cette rigueur puisque l'art. 35, al. 1 du D-L 1935 dispose seulement : « celui » qui paye un chèque sans opposition est présumé valablement

1. Une telle nécessité ne se retrouve pas à propos du sujet actif, car celui-ci a tout le temps, avant d'acquiescer l'effet, de procéder aux vérifications nécessaires. C'est pour cette raison que la faute lourde de l'art. 120 n'est pas limitée aux vérifications du titre et de l'endosseur.

libéré ». Ce texte ne fait que reprendre l'ancien art. 145 c. com.¹, relatif à la lettre de change, que la jurisprudence, dès avant 1935, appliquait aussi au chèque. En fait, toute la question est de savoir quelles sont les preuves admises contre la présomption de libération dont parle l'art. 35. A quelles conditions le banquier peut-il compter sur l'apparence pour la validité de son paiement ?

Une jurisprudence très abondante répond à cette question en exigeant, pour admettre la libération du banquier, que celui-ci n'ait commis ni faute, ni même imprudence. Cette notion conforme à l'idée de faute que nous avons dégagée, est la plus restrictive du nombre des tirés placés sous la protection de l'apparence, puisqu'elle est même au-delà de la conception n° 3 qui elles, exigeait la faute lourde.

A. — *La notion de faute du banquier.*

353 — Si la jurisprudence refuse de considérer le banquier comme libéré dans le cas où il a commis une faute légère, il faut a fortiori en décider de même dans le cas où le banquier a connu personnellement le vice de fond, car, alors il mérite encore moins la protection de l'apparence. En fait, cette connaissance personnelle est invoquée beaucoup moins fréquemment ; elle est en effet plus difficile à prouver que la faute, puisque cette dernière résulte d'une activité matérielle. De plus, la jurisprudence a tendance à étendre la notion de faute pour lui faire recouvrir le domaine de la connaissance personnelle : elle considère que le banquier est en faute d'avoir payé malgré la connaissance qu'il avait ou aurait dû avoir de l'irrégularité de fond ; la faute n'est plus seulement, comme dans la conception n° 3 un défaut de vérification, elle est aussi constituée par le paiement effectué en dépit de la connaissance du vice. Pure question de terminologie, mais qui risque de rendre incertain le contenu de la notion de faute.

Dans l'appréciation de la faute du banquier, la jurisprudence est encore mal dégagée des principes de responsabilité civile qui la guidaient avant 1935. Elle n'impose certes pas des vérifications incompatibles avec la rapidité des paiements. Mais elle n'hésite pas à relever la faute la plus légère, ce qui est bien caractéristique de l'idée de responsabilité ; et elle fait intervenir la faute du tireur en partageant éventuellement la responsabilité entre tireur et tiré suivant leurs fautes respectives².

Cette notion de faute a été critiquée par la doctrine³. La plupart des auteurs préfèrent fonder la responsabilité du paiement

1. La conférence de Genève avait en effet décidé de laisser cette question en dehors de la loi uniforme.

2. Lyon, 26 juin 1926 (S., 28.2.110, note Esmein). — Civ., 19 oct. 1942 (D. 42.2.279).

3. Hamel, Banque et opérations de banque, I, n° 650.

sur une idée de risque, quitte à se partager ensuite pour l'attribution de ce risque : soit au banquier¹, soit au tireur², soit à l'un ou à l'autre suivant que le chèque est faux à l'origine ou falsifié par la suite³.

A notre avis, l'idée de risque doit être corrigée par celle d'apparence : le tiré peut compter être libéré s'il paye un chèque régulier en apparence. Mais l'élément visible est ici, comme dans toutes les hypothèses où la faute est retenue⁴, plus large que d'habitude ; il n'est pas seulement constitué par l'existence des mentions littérales sur le titre, il comprend encore l'apparente conformité de ces mentions avec la réalité. On ne pouvait imposer au banquier des recherches extérieures au titre qui auraient gêné la rapidité des paiements, mais on peut lui imposer de vérifier l'authenticité des mentions. C'est dans le cas où il a négligé de procéder à cette vérification que le tiré est en faute. Toute différente est la faute du tireur qui, elle, fonde une véritable responsabilité qui n'a plus rien à voir avec l'apparence.

B. — *Le contenu de la faute du banquier.*

354 — Le banquier, quand on lui demande paiement, a devant lui un porteur et un titre. Les seules vérifications qu'il ait le temps de faire et qu'on puisse donc lui imposer sont celles concernant ce porteur et ce titre.

a) *Le banquier doit vérifier la capacité et le pouvoir du porteur.*

Nous savons⁵ que la légitimité du porteur est une pure question de forme : elle résulte de la régularité extérieure de la chaîne des endossements. Le législateur a expressément décidé que le débiteur n'avait pas à vérifier l'authenticité des signatures des endosseurs (art. 137, al. 3 c. com.). Il faut même décider, semble-t-il, que lorsque le dernier endossement est à personne dénommée, le débiteur n'a pas à vérifier l'identité du porteur.

Par contre, la question est débattue en ce qui concerne la capacité du porteur de recevoir paiement ; il faut certainement considérer le tiré comme non libéré si l'incapacité était visible (par exemple si le chèque lui est présenté par un enfant), car alors l'ignorance du vice constitue une faute. La solution doit être analogue en cas de défaut ou d'excès de pouvoir de la part du porteur ; ou bien ce dernier paraissait agir pour son propre

1. Esmein, note sous Lyon, 26 juin 1926, précité.

2. Chéron, note au DP., 28.2.81. — Hamel, op. cit., supplément, p. 67.

3. Thaller, note au D., 96.2.401. — Besson. Les chèques falsifiés, chr. au JCP., 41.I.220.

4. Voir n° 332.

5. Voir n° 243.

compte, et alors le banquier est libéré si rien ne pouvait lui indiquer le vice ; ou bien le porteur paraissait agir pour le compte du pseudo-mandant, et le banquier est alors libéré si les conditions du mandat apparent étaient réunies.

b) Le banquier doit vérifier le titre.

355 — Le banquier doit d'abord se rendre compte si le titre ne comporte pas des altérations. Il ne serait pas libéré dans le cas où un examen quelque peu approfondi du titre lui aurait révélé la fraude. Ainsi le banquier est en faute, s'il n'a pas vu de traces de grattage, de surcharge ou de lavage, que sa profession l'aurait dû amener à découvrir.

Mais c'est à propos des fausses signatures que la jurisprudence est de beaucoup la plus abondante. Une distinction classique est faite suivant que la signature fausse est ou non celle du tireur¹ :

— s'il s'agit de la signature du tireur, le banquier n'est pas en principe libéré par son paiement, sauf s'il prouve une faute du tireur² ;

— si en revanche c'est une autre signature qui est fausse la preuve est renversée : le tireur, pour se dégager de sa responsabilité, doit prouver la faute du banquier³.

Certains auteurs⁴ ont expliqué cette solution en soutenant que, la signature du tireur étant une condition essentielle de validité, un titre sur lequel cette signature est fausse n'a pas le caractère légal du chèque : la présomption de libération dont bénéficie le tiré n'a donc pas lieu de s'appliquer. Cette présomption conserve par contre toute sa valeur si une autre signature est fausse, car alors le chèque conserve sa validité.

A notre avis, cette explication a le tort de placer la question sur le plan de la validité du titre : celui-ci garde toute sa valeur quelle que soit la signature falsifiée, puisque dans tous les cas s'applique le principe de l'indépendance des signatures⁵. Si le tiré n'est pas libéré en cas de fausse signature du tireur, c'est parce que ce dernier ne saurait en aucune façon supporter les conséquences de la fraude commise à son insu ; nous savons qu'il ne peut être tenu selon le droit du change⁶ ; mais cette protection serait illusoire si on considérait comme éteinte la créance sous-jacente qu'il avait sur le tiré, si en d'autres termes

1. Sur cette distinction, voir Cabrillac, J. C. Banque, fasc. 9, n° 407 et suivants.

2. Civ., 20 avril 1939 (JCP., 39.II.1267, note J.-L.). — Civ., 2 mars 1942 (JCP., 42.II.1845).

3. Bouteron, le chèque, p. 451.

4. Thaller, note au D., 96.2.401.

5. Voir n° 297.

6. Voir n° 296.

on permettait au banquier de porter la somme qu'il a payée au débit de son client. C'est finalement le banquier qui supporte le risque de la fraude, à moins bien entendu que le tireur n'ait commis une négligence, qui fonde sa responsabilité sur l'art. 1382 c. civ. 1.

Si ce n'est pas la signature du tireur qui est fausse, l'apparence reprend tous ses droits à l'égard du tiré, puisque la personne dont la signature a été imitée n'est pas liée directement avec lui. Le banquier est donc libéré par son paiement, à moins que l'élément psychologique ne fasse défaut, ce qui se produira si le banquier est en faute. La faute en cette matière ne peut être fréquemment retenue : il faudrait par exemple supposer que le banquier était en relation d'affaires avec l'un des signataires apparents et aurait dû par conséquent reconnaître la falsification.

La prise en considération par la jurisprudence d'une faute même légère a conduit les banques à stipuler une clause expresse d'exonération de responsabilité, reproduite souvent sur les couvertures de carnets de chèques. Cette clause ne peut exonérer le tiré ni de son dol ni de sa faute lourde, si bien qu'on revient en pratique dans cette hypothèse à assimiler la situation du banquier à celle d'un tiré non professionnel.

PARAGRAPHE 2. — SUJET PASSIF NON PROFESSIONNEL

356 — Le tiré de la lettre de change, le souscripteur du billet à ordre ou du warrant n'ont pas à leur disposition les moyens d'investigation que possèdent les banquiers. Aussi la loi a soumis à des conditions moins rigoureuses leur protection par l'apparence.

Art. 137, al. 3 c. com. : « Celui qui paie à l'échéance est valablement libéré, à moins qu'il n'y ait de sa part une fraude ou une faute lourde. » Une faute légère ne suffirait donc pas, alors qu'elle suffisait dans le cas où le sujet passif était un banquier.

La formule de l'art. 137 peut paraître malaisément conciliable avec les diverses conceptions théoriques de l'élément psychologique, puisqu'elle associe la fraude (conception n° 1) à la faute lourde (conception n° 3). Si cette dernière suffit à empêcher le débiteur d'être libéré, il en résulte nécessairement que la simple connaissance et a fortiori l'intention frauduleuse doivent être prises en considération. Il n'était dès lors pas besoin, semble-t-il,

1. Com., 10 juillet 1957 (RTD Com., 1957.981, obs. Becqué-Cabrillac). T. Com. Seine, 20 nov. 1957 (RTD Com., 1958.128, obs. Becqué-Cabrillac). Certaines décisions partagent la responsabilité entre tireur et tiré, suivant leurs fautes respectives. Cette solution s'explique difficilement, car les deux fautes ne sont pas sur le même plan : celle du tiré rentre dans le cadre de l'élément psychologique, celle du tireur fonde une responsabilité civile.

de parler de fraude, celle-ci étant impliquée par la faute lourde¹. En réalité, la conciliation des termes est possible, mais il faut leur donner un sens différent du sens habituel.

A. — *La fraude.*

357 — Le Comité de rédaction de Genève, a défini la notion de fraude dans cette matière, en opposant la situation du sujet passif à celle du sujet actif :

« L'acquéreur n'a pas acquis la lettre de change pour exécuter un engagement impérieux pris antérieurement, tandis que le tiré est tenu de s'acquitter par le paiement d'un tel engagement représenté par son acceptation. S'il refuse de remplir cet engagement, il s'expose à une procédure judiciaire très sévère qui, s'il perd son procès, lui occasionnera non seulement des frais élevés, mais l'atteindra encore dans sa réputation commerciale et personnelle en faisant connaître qu'il ne s'est acquitté de son engagement qu'après avoir été l'objet d'un procès. Il y a donc lieu, dans ce cas, de tenir compte non seulement du dommage matériel que peut subir le tiré, mais encore du tort moral qui peut lui être causé. Le tiré se trouve en quelque sorte dans une situation forcée, situation qui résulte de la nature particulière de l'engagement cambiaire. Il s'ensuit que l'on ne peut exiger de lui de faire état de tout doute qu'il pourrait avoir sur les droits du détenteur de la lettre de change, au risque de s'attirer un procès. On ne peut exiger de lui qu'il refuse le paiement que s'il a des preuves, à l'aide desquelles il peut démontrer le défaut de droit du porteur »

Il ressort de ces explications que la « fraude » a ici un sens tout à fait différent de celui dans lequel nous l'entendions à propos de la conception n° 1. Il ne s'agit pas d'une intention coupable de la part du débiteur, il ne s'agit pas pour celui-ci de payer dans le but frauduleux de causer un dommage au véritable titulaire de la créance. Mais il s'agit cependant d'un peu plus que la simple connaissance du vice ; c'est une connaissance fondée sur des éléments d'appréciation irréfutables, c'est en quelque sorte une connaissance motivée. Ainsi, le débiteur est valablement libéré, malgré la conviction personnelle qu'il avait du défaut de droit du porteur, s'il était cette conviction sur des preuves insuffisantes à ébranler les juges.

358 — Cette solution aboutit à élargir le nombre des sujets passifs qui peuvent se prévaloir de l'apparence. Connaissant

1. Lescot et Roblot, II, n° 595, note 1. — Lenhoff, Einführung in das einheitliche Wechselrecht.

2. Comptes rendus, p. 139.

l'élément psychologique qui leur est nécessaire, les débiteurs cambiaires n'hésiteront pas à payer, alors même qu'ils auraient des doutes sur le bon droit du porteur. On satisfait par là les besoins de crédit, en évitant de multiplier les refus de paiement.

Intermédiaire entre les conceptions n° 1 et n° 2, la solution de l'art. 137 pourrait être rapprochée de celle de l'art. 121. De fait, si le débiteur paye en connaissant de façon certaine et motivée le défaut de droit du porteur, il s'en suit qu'il a le plus souvent la conscience de causer par son acte un préjudice au véritable titulaire de la créance¹. Mais nous ne pensons pas que les deux situations soient absolument identiques ; l'objet de la connaissance n'est pas le même dans les deux cas : c'est, dans l'art. 121, le préjudice subi par le véritable titulaire, alors que dans l'art. 137, c'est le vice du rapport cambiaire. La connaissance de ce vice, même motivée, n'implique pas nécessairement la conscience du préjudice.

B. — *La faute lourde* 2.

359 — Même dans le cas où il n'aurait pas eu de connaissance motivée du vice, le débiteur n'est pas libéré si, en payant, il commet une faute lourde. Nous avons déjà rencontré cette notion de faute lourde, à propos du sujet actif qui résiste à une revendication³. Mais les raisons qui ont fait substituer à la simple connaissance une connaissance motivée doivent certainement conduire à apprécier la faute lourde du sujet passif moins sévèrement que celle du sujet actif⁴. Alors en effet que ce dernier a tout le temps de procéder aux vérifications nécessaires, le débiteur est dans une « situation forcée » qui l'oblige à payer immédiatement et qui ne lui permet donc que des vérifications superficielles.

Mais, à propos de ces vérifications superficielles, la faute sera moins facilement retenue dans l'hypothèse qui nous occupe que dans celle du tiré professionnel : il faut ici que la faute soit lourde. Il y a certainement là un souvenir du principe traditionnel qui assimile la faute lourde au dol⁵. Le débiteur qui, par faute lourde, ignore le vice est dans la même situation que celui qui connaît ce vice. Mais la situation se complique, puisque nous venons de voir que le débiteur qui connaît le vice n'est pas nécessairement exclu du bénéfice de l'apparence ; il faut en plus pour

1. En ce sens : Lescot et Roblot, II, n° 595.

2. Voir Roblot. De la faute lourde en droit privé français à la RTD. Civ., 1943.17.

3. Voir n° 350.

4. En ce sens : Lescot et Roblot, II, n° 745.

5. Contre cette assimilation : Josserand, note au D., 32.1.49. — Guttridge, observation à Genève, dans les comptes rendus, p. 198. En faveur de cette assimilation : Roblot, loc. cit.

cela que sa connaissance soit motivée. On pourrait donc penser que la faute lourde est inconciliable avec la fraude telle que nous l'avons définie.

Sur le plan des principes, la conciliation est impossible : si l'on prend en considération l'ignorance par faute lourde, il faut aussi, à moins d'être illogique, prendre en considération la connaissance, motivée ou non. Mais, sur le plan pratique, on s'aperçoit que la faute lourde commise par le débiteur empêche presque toujours ce dernier d'avoir acquis une connaissance motivée : s'il avait procédé à certaines vérifications sommaires, il se serait aperçu du défaut de droit du porteur, et il aurait eu des preuves irréfutables de ce défaut de droit, justement parce qu'une vérification sommaire suffisait. Supposons par exemple un titre qui porte des traces de lavage ; le débiteur commet une « fraude » s'il paye en ayant vu ces traces (parce que celles-ci constituent une preuve suffisante pour motiver sa connaissance) ; il commet une « faute lourde » s'il paye sans avoir vu les traces (parce que celles-ci apparaissent à un examen sommaire).

360 — Comme la connaissance personnelle, constitutive de la fraude, est plus difficile à prouver, c'est surtout la faute lourde qu'invoque la jurisprudence :

— Celle-ci peut résulter des traces apparentes que portait le titre (grattage, lavage, surcharge) et qui ne laissaient aucun doute sur la fraude intervenue¹. Toutefois, la diligence du tiré non professionnel doit être appréciée avec moins de sévérité que celle du banquier, alors surtout que la lettre de change ou le billet à ordre ne sont pas inscrits, comme le chèque, sur des formules extraites d'un carnet.

— Le débiteur est encore en faute s'il connaissait la signature d'un débiteur apparent et s'il ne s'est pas aperçu que cette signature était falsifiée (à condition que cette falsification soit visible). Si la signature du tireur est fausse, il faut décider comme pour le chèque², que le tiré, en payant la lettre de change n'est pas libéré de la dette extra-cambiale qu'il avait envers le tireur apparent et en règlement de laquelle il avait, par erreur, accepté l'effet ; le tireur apparent ne supporte le risque de la fraude que s'il a lui-même commis une négligence.

— Si le débiteur est en faute d'avoir mal examiné le titre, il l'est a fortiori de ne l'avoir pas examiné du tout : il ne payerait pas valablement s'il n'exigeait pas à l'échéance la présentation du titre. Une telle faute ne pouvait se concevoir pour le chèque, qui est payable à vue.

1. T. Civ. Seine, 10 juillet 1868 (D., 68.2.88).

2. Voir n° 335.

361 — Mais la jurisprudence a étendu la notion de faute lourde à des hypothèses qui n'ont plus rien à voir avec l'idée d'apparence. Dans le cadre de celle-ci, une personne est en faute si elle néglige d'effectuer les vérifications qui lui auraient révélé le défaut de concordance entre l'élément visible et l'élément caché. Or, la jurisprudence considère que le sujet passif commet une faute lourde dans le cas général où il n'exécute pas une obligation légale ou conventionnelle particulièrement stricte¹. Ainsi, le débiteur a été jugé en faute lourde :

— s'il paye sans avoir reçu confirmation du tireur, alors que le titre contient la clause « suivant avis »².

— s'il omet de retirer l'effet de la circulation après paiement³.

— s'il n'exige pas un acquit et si par la suite il perd ou se fait voler l'effet.

Dans ces hypothèses, il ne s'agit plus de l'ignorance fautive de la réalité. Il s'agit plus généralement d'un défaut de diligence de la part du sujet passif, diligence qui n'entre plus dans le cadre de l'élément psychologique constitutif de la théorie de l'apparence. Il s'agit en somme d'une construction jurisprudentielle qui définit, en face du porteur négligent, un débiteur négligent.

APPENDICE. — L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DANS LES TITRES DE CREDIT AUTRES QUE LES EFFETS DE COMMERCE

PARAGRAPHE 1. — L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE DANS LES TITRES

REPRÉSENTATIFS DE MARCHANDISE

362 — L'élément psychologique ne paraît avoir donné lieu à aucune difficulté lorsque l'apparence résulte d'un titre représentatif de marchandise. Cet élément est cependant nécessaire, comme en toute matière, pour que les tiers méritent la protection de l'apparence.

En ce qui concerne le sujet actif, c'est-à-dire le tiers porteur du récépissé-warrant, de la filière ou du connaissance l'élément psychologique se ramène à la bonne foi au sens strict : le porteur a le droit de se faire délivrer la marchandise si, en acquérant le titre, il ignorait l'irrégularité cachée. C'est à l'adversaire de prouver la mauvaise foi du porteur :

¹. Roblot, loc. cit.

². Paris, 25 juin 1874 (D., 77.2.139).

³. T. Com. Nancy, 26 janvier 1931 (Rec. Assur., 31.263).

— Lorsqu'il s'agit d'un vice de transmission cet adversaire est, dans tous les titres qui nous occupent, le véritable possesseur¹ de la marchandise, qui ne peut paralyser le droit à la livraison du tiers porteur qu'en prouvant la mauvaise foi de ce dernier.

— Lorsque l'irrégularité résulte de l'inexactitude sur le connaissance des mentions relatives à la marchandise, le porteur trouve en face de lui le transporteur maritime. Celui-ci peut éviter de payer la valeur apparente des marchandises en prouvant que le tiers connaissait, lors de l'acquisition du connaissance, la valeur réelle de la marchandise.

— Lorsque l'inexactitude des mêmes mentions intéresse un récépissé-warrant ou une filière, nous savons que le dépositaire n'est responsable que dans la mesure où il est en faute². Le tiers porteur doit par conséquent prouver d'abord cette faute. Si cette preuve est faite, le dépositaire (magasin-général ou personne privée) peut se décharger en établissant la mauvaise foi du porteur du récépissé-warrant ou de la filière³.

363 — Le sujet passif — dépositaire ou transporteur — est protégé par l'apparence dans la mesure où il est libéré en livrant la marchandise au porteur du titre, possesseur apparent. Mais il ne bénéficie de cette protection que s'il satisfait aux exigences de l'élément psychologique : à défaut de cet élément, le dépositaire ou le transporteur peut être condamné, après avoir livré les marchandises à un tiers, à en rembourser la valeur au possesseur véritable. L'élément psychologique nécessaire au sujet passif doit, par analogie avec les effets de commerce, être dominé par deux principes :

— D'une part, la simple bonne foi ne suffit pas. Il faut en plus que le dépositaire ou le transporteur fasse preuve d'une certaine diligence pour connaître l'irrégularité cachée.

— D'autre part, cette diligence doit être limitée à l'examen du papier et à celui du présentateur, car ce sont les seules investigations compatibles avec la rapidité des opérations commerciales. Ainsi, le dépositaire ou le transporteur n'a pas à vérifier le droit de propriété du créateur du titre⁴, non plus que la régularité des rapports sous-jacents à sa circulation : en ce qui concerne ces vices, la seule ignorance suffit à constituer l'élément psychologique.

1. Nous employons à dessein le mot « possesseur », car le titre crée une apparence de possession et non une apparence de propriété. Voir n° 260.

2. Voir n° 322, in fine.

3. L'opinion qui fonde dans cette hypothèse la responsabilité du dépositaire sur l'art. 1382 c. civ. considère l'exigence de la bonne foi comme se ramenant à celle du lien de causalité entre la faute commise par le dépositaire et le dommage subi par le porteur de titre.

4. Cabrillac, v° Magasin général au R.D. com., n° 76.

PARAGRAPHE 2. — L'ÉLÉMENT PSYCHOLOGIQUE

DANS LES VALEURS MOBILIÈRES

364 — Pour que les tiers puissent considérer la détention du titre ou l'inscription sur les registres comme la marque du droit constaté par la valeur mobilière, ils doivent mériter la protection de l'apparence. C'est ce que l'on exprime de façon raccourcie en disant qu'ils doivent être de bonne foi. Mais, comme dans les autres titres de crédit, cet élément psychologique n'est pas le même suivant qu'il s'agit du sujet actif, c'est-à-dire du tiers propriétaire apparent de la valeur mobilière, ou du sujet passif, c'est-à-dire de l'établissement émetteur.

A. — *Élément psychologique nécessaire au sujet actif.*

365 — L'élément psychologique nécessaire au sujet actif se ramène dans tous les cas à la bonne foi au sens strict, c'est-à-dire à l'ignorance par le tiers porteur de l'irrégularité qui infecte le rapport sous-jacent à la valeur mobilière. Le législateur n'a pas, comme en matière d'effet de commerce, posé des règles spéciales concernant l'élément psychologique, si bien que le droit commun de l'apparence trouve à s'appliquer : le simple détenteur (valeur au porteur) ou la personne inscrite sur le registre (valeur nominative) peut exercer les droits impliqués par le titre si elle ignore effectivement la réalité cachée. Comme en toute autre matière, la bonne foi se présume, et elle s'apprécie au moment de l'acquisition de la valeur mobilière.

Cette conception de l'élément psychologique s'applique d'abord aux rapports entre le sujet actif et l'établissement émetteur. Ce dernier peut valablement refuser de payer la rente ou de rembourser le capital s'il prouve la mauvaise foi du titulaire apparent lors de l'acquisition du titre, c'est-à-dire la connaissance par lui à ce moment du vice de transmission intervenu au cours de la circulation (nullité, extinction ou inefficacité de l'un des rapports sous-jacents). Cette preuve est difficile, car, à la différence des effets de commerce, la suite des transmissions n'apparaît pas sur la valeur mobilière : la connaissance du vice par le porteur ne peut donc résulter que d'une source extérieure au titre.

366 — La bonne foi du sujet actif s'apprécie de la même façon lorsque celui-ci, titulaire apparent, se trouve en présence du titulaire dépossédé qui prétend revendiquer son titre. Cela se rencontre en trois hypothèses, toutes trois relatives aux valeurs au porteur¹ :

1. Voir n° 328.

— D'abord lorsque la dépossession involontaire ne résulte ni d'une perte ni d'un vol, mais par exemple d'une escroquerie ou d'un abus de confiance. La revendication du véritable titulaire est alors impossible contre le porteur de bonne foi.

— Ensuite lorsque la dépossession involontaire résulte d'une perte ou d'un vol vieux de plus de trois ans. La revendication est encore impossible contre le porteur de bonne foi.

— Enfin lorsque la perte ou le vol datent de moins de trois ans mais que le titre a été acheté sur un marché de bourse. Le véritable titulaire peut alors revendiquer, mais il doit rembourser le porteur de bonne foi.

Dans ces trois hypothèses, la bonne foi se définit comme l'ignorance de la dépossession involontaire. Le véritable titulaire n'est donc pleinement protégé que s'il prouve la connaissance par le tiers porteur de la perte, du vol, de l'abus de confiance, de l'escroquerie, etc... Le législateur n'a pas cru nécessaire d'assimiler à cette connaissance (mauvaise foi au sens strict) l'ignorance du vice par faute lourde, comme il l'a fait en matière d'effet de commerce (art. 120 c. com.)¹. C'est que, nous l'avons constaté, l'examen, même le plus attentif, du titre au porteur ne saurait en aucune façon renseigner l'acquéreur sur le vice qui a affecté sa transmission. Assimiler la faute lourde à la mauvaise foi aurait donc abouti à exiger de l'acquéreur des vérifications extérieures, incompatibles avec la rapidité de circulation des valeurs mobilières. La forme au porteur aboutit en définitive à mettre un plus grand nombre de personnes sous la protection de l'apparence, au détriment des intérêts du titulaire véritable.

B. — *Elément psychologique nécessaire au sujet passif.*

367 — Un élément psychologique est nécessaire au sujet passif, à l'établissement émetteur, pour qu'il soit libéré par le paiement fait au titulaire apparent. Cet élément psychologique est différent de celui nécessaire au sujet actif : il ne suffit pas que la société ou la collectivité ait ignoré l'irrégularité de fond, il faut encore qu'elle ait fait un effort pour la connaître. En d'autres termes, l'établissement émetteur peut être amené à payer une seconde fois si le véritable titulaire prouve la faute commise lors du paiement fait au titulaire apparent.

Cette conception de l'élément psychologique, conforme à celle dégagée à propos du sujet passif de tous les autres titres de crédit², restreint le nombre des sujets passifs placés sous la protec-

1. Voir n° 345.

2. Voir nos 351 et s. (effets de commerce) et 363 (titres représentatifs de marchandises).

tion de l'apparence. En matière de paiement, en effet, les nécessités du crédit exigent de protéger tout autant le véritable titulaire que le titulaire apparent. La victime du risque des affaires est en définitive l'établissement émetteur, solution logique puisque celui-ci dispose de moyens d'investigation plus puissants que ceux d'un simple particulier pour déceler le vice intervenu au cours de la circulation de la valeur mobilière.

368 — C'est pour les titres au porteur que la faute de la société ou de la collectivité émettrice sera admise avec le plus de difficulté, et que donc le plus grand nombre de sujets passifs pourra se prévaloir de l'apparence. En cette matière, en effet, les seules vérifications qu'on puisse imposer à l'établissement émetteur sont celles relatives au titre qu'on lui présente et à la personne qui le lui présente. Le paiement est libératoire si les coupons (en cas de paiement de revenus) ou si la valeur mobilière elle-même (en cas de remboursement du capital) sont apparemment réguliers et si rien dans le comportement du porteur ne dévoile le défaut de droit de celui-ci. Devant la difficulté de prouver l'ignorance par faute, le titulaire dépossédé aura plutôt intérêt à chercher à établir la mauvaise foi au sens strict, c'est-à-dire la connaissance par l'établissement émetteur du défaut de droit du titulaire apparent.

369 — Lorsqu'il s'agit, en revanche, de la valeur nominative la notion de faute prend toute son importance et vient écarter bien souvent le sujet passif de la protection de l'apparence. Cela pour deux raisons :

— D'une part, l'établissement émetteur peut vérifier le bon droit du titulaire apparent non seulement à l'instant du paiement, mais encore à partir du moment de l'inscription sur les registres. Il en résulte que, pour établir l'absence d'élément psychologique, le titulaire véritable peut prouver la faute du sujet passif soit au moment de l'inscription (transfert) soit au moment du paiement.

— D'autre part, pour les titres nominatifs, la rapidité de la circulation est dans une certaine mesure sacrifiée à la sécurité des transactions. L'établissement émetteur a, par suite, le loisir de se livrer à des investigations plus approfondies ; on ne lui permet plus de s'en tenir à la seule vérification de la régularité formelle du titre et de l'identité du présentateur.

La société ou la collectivité émettrice de titres nominatifs risque donc d'être amenée à payer une seconde fois si elle omet de vérifier le bon droit du titulaire apparent. Au moment du transfert, elle doit se renseigner sur l'identité¹ du cédant, sur ses

1. Quant à l'identité du cédant, la responsabilité de l'établissement émetteur est souvent remplacée par celle de l'intermédiaire qui s'est chargé de la négociation du titre (banque, par exemple).

pouvoirs et sa capacité ; elle peut même exiger de lui des justifications. Au moment du remboursement du capital¹, le décret du 7 décembre 1955 (art. 36 à 41) pose des règles strictes de vérification, dont la rigueur varie avec le montant du capital remboursé ; si elle ne se conforme pas à ces prescriptions, la personne morale émettrice est en faute d'avoir ignoré le défaut de droit du titulaire apparent, et elle s'expose à payer une seconde fois.

1. S'il s'agit du paiement des revenus, la faute est appréciée de la même façon que pour les titres au porteur.

CONCLUSION

370 — Nous penserions n'avoir pas travaillé en vain si, de cette étude incomplète et imparfaite, pouvait naître l'idée que, malgré la diversité de ses applications, l'apparence constitue en droit commercial une notion unique et cohérente. Soit que l'élément visible se substitue à la réalité dans les cas exceptionnels où cette dernière est différente, soit que la forme littérale créée, à titre principal, un droit autonome, il s'agit toujours d'autoriser les tiers à mettre foi dans ce qui apparaît et, par là, de les inciter à agir. Dans tous les cas, la légitimité de l'erreur commise par les tiers fonde le droit qui leur est reconnu et place un risque à la charge du créateur de l'apparence.

Ces idées permettent seules de comprendre le jeu de l'apparence dans le droit commercial, car seules elles dérivent des besoins de sécurité dynamique propres à ce droit. Nous avons pu constater, tout au cours de nos développements, l'insuffisance des théories qui prétendent rattacher les solutions dictées par l'apparence à des principes plus généraux, et notamment à celui de la responsabilité civile. Les juges, sans doute, doivent considérer comme une impérieuse nécessité de fonder leurs décisions sur un texte de loi, ou même sur un adage latin, quelque déformation qu'il en résulte pour le texte ou pour l'adage. Mais le devoir de l'interprète est de montrer qu'une telle démarche constitue un pur artifice technique, et que, sans toujours le dire, les juges sont guidés par la protection de l'erreur légitime commise sur la foi des apparences. Nous ne pensons pas, ainsi, trahir la jurisprudence, mais, bien au contraire, outre la lettre, rétablir l'esprit. Face à des nécessités nouvelles, il faut reconnaître aux juges le pouvoir de créer un véritable droit coutumier.

La théorie de l'apparence est donc une des marques de l'autonomie du droit commercial. Il est devenu courant, sous l'impulsion des auteurs modernes, et notamment de Ripert, de constater l'insuffisance des vieilles explications du droit civil, et nécessaire de découvrir des théories propres au droit commercial. Parmi ces théories, nous n'hésitons pas à placer celle de l'apparence, dictée par des besoins de crédit et de rapidité que ne connaît pas le droit civil.

BIBLIOGRAPHIE

1. — OUVRAGES GENERAUX

CHAUVEAU. — Traité de droit maritime (2 vol.)

DEMÔGUE. — Les notions fondamentales du droit privé *Rousseau*, 1911.

DEMONTÈS et JAUFFRET. — Code de commerce annoté. Collection Fuzier-Herman.

ESCARRA. — Cours de droit commercial. *Sirey*, 1952.

ESCARRA (J.), ESCARRA (Ed.) et RAULT. — Traité théorique et pratique de droit commercial (2 vol.). *Sirey*, 1934-1936.

HAMEL et LAGARDE. — Traité de droit commercial (1). *Dalloz*, 1954.

LACOUR et BOUTERON. — Précis de droit commercial (4 vol.), *Dalloz*, 1921.

LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial (9 vol.). *Pichon*, 1889.

RIPERT, DURANT et ROBLOT. — Traité de droit commercial. *Lib. gén. de législ. et de jurispr.*, 1959.

RIPERT. — Droit maritime (3 vol.). *Rousseau*, 1950, 1952, 1953.

THALLER et PERCEROU. — Traité élémentaire de droit commercial (2 vol.), *Rousseau*, 1931.

WAHL. — Précis théorique et pratique de droit commercial.

2. — OUVRAGES SPÉCIAUX

- ASCARELLI. — Cambiale, assegno bancario, titoli di credito, 1938
- CAERILLAC. — Le chèque et le virement. *Libr. Techniques*, 1957
- COHEN. — Traité théorique et pratique des fonds de commerce (2 vol.). *Sirey*, 1948.
- ESCARRA (J.), ESCARRA (Ed.) et RAULT. — Les sociétés commerciales (3 vol). *Sirey*, 1950, 1951, 1955.
- HAMEL (J.). — Banque et opérations de banque (2 vol.). *Rousseau*, 1943.
- HAMEL (J.) (Etudes sous la direction de). — La vente commerciale de marchandises. *Dalloz*, 1951.
- HÉMARD (Joseph). — Théorie et pratique des nullités de société et ses sociétés de fait, 1926.
- HÉMARD (Jean). — Les contrats commerciaux (2 vol., in Escarra et Rault, préc.). *Sirey*, 1956.
- HOUPIN et BOSVIEUX. — Les sociétés commerciales (3 vol.). *Sirey*, 1927.
- LESCOT et ROBLLOT. — Les effets de commerce (2 vol). *Rousseau*, 1953.
- MOREAU. — Associations en participation et sociétés de fait. 1958.
- PAGE (DE). — L'obligation abstraite en droit comparé. Bruxelles, *Bruylan*, 1957.
- PERCEROU et BOUTERON. — Lettre de change et billet à ordre. *Sirey*, 1937.
- Chèque. *Sirey*, 1951.
- ROUAST. — Les grands adages coutumiers dans le droit des obligations. *Cours de doctorat*, Paris, 1953-54.
- SAEILLES. — De la déclaration de volonté. *Pichon*, 1901.
- STOLFI. — L'apparenza del diritto. 1934.
- THALLER et PIC. — Des sociétés commerciales (2 vol.) *Rousseau*, 1925.

3. — THESES

- ABEILLE. — La simulation dans les actes juridiques et spécialement dans le droit de société. Aix, 1938.
- BARBIER. — L'apparence en droit civil et en droit fiscal. Paris, 1945.
- BARTIN. — Théorie des contre-lettres. Paris, 1885.
- DELUCENAY. — Les société de fait en droit français. Paris, 1910.
- FRIEDEL. — Le principe de l'inopposabilité des exceptions. Paris, 1949.
- GIRAULT. — L'apparence, source de responsabilité. Paris, 1937.
- GORPHE. — Le principe de la bonne foi. Paris, 1938.
- IONESCO. — Les effets juridiques de l'apparence en droit privé. Strasbourg, 1928.
- LARGUIER. — La notion de titre en droit privé. Montpellier, 1951.
- LONIEWSKY. — Rôle actuel de la maxime *Error communis facit jus*. Aix, 1905.
- LOUBERS. — Essai d'une théorie générale des sociétés de fait. Paris, 1908.
- MILLIET. — Les effets de la propriété apparente en droit civil. Paris, 1901.
- RENAULT. — Des actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit. Bordeaux, 1917.
- ROUSSEAU. — Essai sur la notion juridique de simulation. Paris, 1936.
- VASSEUR. — Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite. Paris, 1947.
- VOUIN. — La bonne foi. Notion et rôle actuel en droit privé. Paris, 1939.
- WEILL. — La relativité des conventions en droit privé français. Paris, 1939.

4. — NOTES DE JURISPRUDENCE

AUTEURS	DÉCISIONS	RÉFÉRENCES	MATIÈRES
A. C. BASTIAN.	Req., 13 mai 1929. Req., 8 mai 1940.	DP., 30.1.128. JCP., 41.II.1610.	Filiales fictives. Inopposabilité aux tiers d'une limitation de pouvoirs non publiée.
BASTIAN.	Req., 25 nov. 1946.	JCP., 47.II.3532.	Association en participation, société créée de fait.
BEQUE (E.).	Req., 19 mars 1946.	JCP., 46.II.3125.	Mantien des hypothèques consenties par une société de fait.
BEQUE (J.) et CABRILLAC. BOURCART.	Paris, 4 juillet 1957. Civ., 16 mai 1927.	RTD Com., 57.147. S., 28.1.41.	Bonne foi du porteur d'une lettre de change.
CABRILLAC.	Crim., 8 déc. 1953.	JCP., 54.II.8005.	Inopposabilité aux tiers d'une limitation de pouvoirs occulte.
CHÉRON.	Civ., 19 nov. 1928.	D., 30.1.75.	Connaissance de l'absence de provision par le porteur d'un chèque.
CHÉRON.	Rennes, 10 juill. 1932.	D., 35.2.67.	Inopposabilité du défaut de provision au porteur d'un effet. Bonne foi.
D. B. DEMOGUE. DEMOGUE.	Aix, 10 nov. 1956. Crim., 3 mars 1923. T. Com. Seine, 19 janvier 1924.	JCP., 57.II.9992. RTD. Civ., 23.774. RTD. Civ., 24.713.	Engagement de la société par les actes d'un gérant révoqué. Société fictive.
DEMOGUE. ESMEIN.	Paris, 26 janv. 1927. Req., 28 juill. 1919 et 26 avril 1921.	RTD. Civ., 27.478. S., 21.1.313.	Préposé apparent. Inopposabilité aux tiers d'une limitation de pouvoirs occulte.
ESMEIN.	Civ., 28 mars et 22 oct.	S., 35.1.337.	Notion d'apparence. Domicile apparent. Solvabilité apparente du failli.

LACOUR.	Req., 17 nov. 1909 et 21 mars 1910.	D., 12.1.281.	Nullité des effets de complaisance. Mandat apparent.
LAPP.	Rennes, 15 janv. 1957.	JCP., 57.II.10034.	Société créée de fait.
LAURENT (J.-Ch.).	Req., 6 janv. 1930.	DP., 31.1.143.	Notion d'apparence. Héritier apparent.
LAURENT (J.-Ch.).	Civ., 1 ^{er} juillet 1931.	DP., 31.1.12.	Inopposabilité des exceptions.
LESCOT.	Com., 11 oct. 1954.	JCP., 54.II.8388.	Altération d'une lettre de change.
PLAISANT.	Soc., 14 déc. 1944.	S., 46.1.105.	Maintien du bail consenti par une société fictive.
RIPERT.	Req., 6 déc. 1938 et 22 fév. 1939; Civ., 28 fév. 1939.	DP., 40.1.5.	Responsabilité du propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance.
ROBLOT.	T. Com. Seine, 26 janv. 1956.	JCP., 56-II-9502.	Inopposabilité des exceptions. Bonne foi.
ROUSSEAU.	Req., 13 mais 1929.	S., 29.1.289.	Filiale fictive.
ROUSSEAU.	Req., 6 déc. 1938.	S., 39.1.9.	Responsabilité du propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance.
SAVATIER (R.).	Req., 20 fév. 1922.	D., 22.1.201.	Signature.
SAVATIER (R.).	T. Civ. Seine, 3 mai 1922.	D., 24.2.9.	Société créée de fait entre concubins.
SAVATIER (J.).	Paris, 15 déc. 1953.	JCP., 54.II.8158.	Responsabilité du propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance.
THALLER.	Req., 5 nov. 1900.	D., 02.1.5.	Inopposabilité aux tiers d'une limitation de pouvoirs occultes.
TOUJAS.	T. Civ. Seine, 7 juill. 1947.	JCP., 48.II.4060.	Pouvoirs apparents de l'administrateur d'une société.
VANDAMME (M ^{lle}).	Civ., 28 mars et 22 oct. 1934.	D., 34.1.151.	Solvabilité apparente du failli.
VIALLETON.	Req., 6 janv. 1930.	RCLJ., 31.460.	Héritier apparent.
VOIRIN.	Bordeaux, 10 déc. 1928.	D., 29.2.81.	Notion d'apparence.
WAGNER.	Civ., 5 janv. 1926.	D., 26.1.65.	Transfert des titres nominatifs.

15 — ARTICLES ET CHRONIQUES

- BOLOFFI. — La teorie sull'apparenza giuridica. *Riv. di dir. comm.* 1934.1.131.
- BONELLI. — Sulla teorica della societa irregolari. *Riv. di dir. comm.*, 1926.
- BOUTERON. — L'inopposabilité des exceptions. GP. du 8 déc. 1954 au 5 fév. 1955.
- BRETHER. — Théorie juridique des titres à ordres RTD. Civ., 1926.58.
- BRETON. — Les effets civils de la bonne foi. RCLJ., 1926-86.
- CHAUVEAU. — Le fonds de commerce, patrimoine d'affectation. DH., 1939.37.
- CRÉMIEU. — De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent. RTD. Civ., 1910.39.
- DERRIDA. — V° Apparence au RD. Civ.
— V° Location-gérance au RD. Com.
- ESMEIN. — L'inopposabilité des exceptions. RTD. Civ., 1921.
- HÉMARDE (Jean). — Etude sur les sociétés de fait. Travaux de l'Association H. Capitant, 1958.
- HOUIN. — Rapport sur les situations de fait. *Rev. internat. de droit comp.*, 1958.81.
- LAGARDE. — V° Société de fait au RD. Com.
- LEAUTE. — Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence. RTD. Civ., 1947.298.
- LECOUTURIER. — Des abus de la raison sociale. La loi des 26 et 29 mars 1906.
- LÉVY. — La confiance légitime. RTD. Civ., 1910.717.
— Les droits sont des croyances. RTD. Civ., 1924.59.
- LYON-CAEN (G.). — De l'évolution de la notion de bonne foi. RTD. Civ., 1946.75.
- MAZEAUD (H.). — La maxime *Error communis facit jus*. RTD. Civ., 1924.929.
- MORIN. — La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime *Error communis facit jus*. *Ann. de la Faculté de Droit d'Aix*, 1906, 1.

- PIC. — De la simulation dans les actes de société. DH., 1935.35.
- PERCEROU (J.). — Des abus de la raison sociale. *Ann. de droit comm.*, 1898.118.
- RAYNAUD. — Le contrat de location d'un fonds de commerce. RCLJ., 1939.546.
- ROBLOT. — Obligation cambiaire et rapport fondamental dans le droit français moderne. *Nuova Riv. di Dir. Com.*, 1953, 1.
- V° Lettre de change au RD. Com.
- SOLUS. — Portée et effet de la révocation d'un gérant de société à responsabilité limitée. JCP., 1944.1.437.
- THALLER. — De la nature juridique des titres de crédit. *Ann. de droit com.*, 1906.71.
- VALABRÈGUES. — La maxime *Error communis facit jus*. RCLJ., 1890.30.
- VOIRIN. — Propriété et responsabilité dans les baux ayant pour objet une exploitation, spécialement dans le bail de fonds de commerce. RTD. Civ., 1931.285.
- WAHL. — La maxime *Error communis facit jus*. RTD. Civ., 1908.125.

TABLE DES MATIÈRES

	pages
PARTIE PRELIMINAIRE. — Le fondement et la place de la théorie de l'apparence en droit commercial. (n^{os} 1 à 51)	15
Section 1. Fondement du rapport issu de l'apparence. (n^{os} 5 à 27)	18
Par. 1. Fondement de l'obligation issue de l'apparence.	19
Par. 2. Fondement du droit issu de l'apparence.	26
Par. 3. Conclusion.	35
Section 2. Place de la théorie de l'apparence dans le droit commercial. (n^{os} 28 à 51)	36
Par. 1. Rôle de la théorie de l'apparence en droit commercial	36
Par. 2. Les solutions du droit commercial à exclure de la théorie de l'apparence.	44
Par. 3. Conclusion. Plan adopté	53
 PREMIERE PARTIE	
L'Apparence substituée à la réalité. (n^{os} 52 à 208)	55
CHAPITRE PREMIER. — Le mandat apparent (n^{os} 54 à 128).	57
Section 1. Apparence quant à la personne du mandataire (n^{os} 57 à 96)	60
Par. 1. L'élément caché	61
Par. 2. L'élément visible	71
Par. 3. L'élément psychologique	82
Section 2. Apparence quant à l'acte du mandataire. (n^{os} 97 à 128).	86
Par. 1. L'élément caché	87
Par. 2. L'élément visible	97
Par. 3. L'élément psychologique	104

CHAPITRE DEUX.— Les sociétés apparentes (n^{os} 129 à 187).	111
Section 1. L'élément caché (n^{os} 131 à 151)	113
Par. 1. Inexistence de la société.. . . .	113
Par. 2. Nullité de la société	122
Section 2. L'élément visible (n^{os} 152 à 176)	131
Par. 1. Contenu de l'élément visible.. . . .	131
Par. 2. Personnes protégées par l'élément visible .. .	135
Par. 3. Protection issue de l'élément visible	142
Section 3. L'élément psychologique (n^{os} 177 à 187)	149
Par. 1. La bonne foi est nécessaire	150
Par. 2. La bonne foi est toujours nécessaire	154
CHAPITRE TROIS.— Autres hypothèses d'apparence substituée à la réalité. (n^{os} 188 à 208)	159
Par. 1. Personnes apparemment associées en nom.. . . .	159
Par. 2. Cas divers d'apparence substituée à la réalité.	167

DEUXIEME PARTIE

L'apparence source d'un droit autonome (n^{os} 209 à 369)	173
CHAPITRE PREMIER.— L'élément visible (n^{os} 211 à 266) ..	177
Section 1. Définition de l'élément visible (n^{os} 211 à 234).	177
Par. 1. Contenu de l'élément visible	177
Par. 2. Caractères de l'élément visible	184
Section 2. Rôle de l'élément visible (n^{os} 235 à 256)	190
Par. 1. Conséquences de l'existence de l'élément visible	190
Par. 2. Conséquences de l'absence de l'élément visible	197
Appendice. L'élément visible dans les titres de crédit autres que les effets de commerce (n^{os} 257 à 265)	206
Par. 1. L'élément visible dans les titres représentatifs de marchandises.. . . .	206
Par. 2. L'élément visible dans les valeurs mobilières.	209
CHAPITRE DEUX.— L'élément caché (n^{os} 267 à 329)	215
Section 1. Absence non frauduleuse de rapport extra-cambialaire (n^{os} 269 à 285)	217

Par. 1. L'apparence permet d'ignorer toute absence de rapport extra-cambialre	217
Par. 2. L'apparence ne protège que les tiers	223
Section 2. Absence frauduleuse de rapport extra-cambialre (n ^{os} 286 à 318)	228
Par. 1. Les effets de complaisance	229
Par 2. La fausseté des mentions	232
Par. 3. La dépossession involontaire	239
Section 3. Vice du rapport cambialre (n ^{os} 305 à 318)	242
Par. 1. Vices du consentement	243
Par. 2. Défaut de capacité ou de pouvoir	248
Appendice. L'élément caché dans les titres de crédit autres que les effets de commerce (n ^{os} 319 à 329)	252
Par. 1. L'élément caché dans les titres représentatifs de marchandises	252
Par. 2. L'élément caché dans les valeurs mobilières.	257
CHAPITRE TROIS.— L'élément psychologique (n ^{os} 330 à 368).	263
Section 1. L'élément psychologique nécessaire au sujet actif (n ^{os} 334 à 350)	265
Par. 1. Ignorance du préjudice causé au débiteur.	266
Par. 2. Ignorance du vice de fond	270
Par. 3. Absence de faute lourde	273
Section 2. L'élément psychologique nécessaire au sujet passif (n ^{os} 351 à 361)	276
Par. 1. Sujet passif professionnel	277
Par. 2. Sujet passif non professionnel	281
Appendice. L'élément psychologique dans les titres de crédits autres que les effets de commerce (n ^{os} 362 à 369)	285
Par. 1. L'élément psychologique dans les titres représentatifs de marchandises.	285
Par. 2. L'élément psychologique dans les valeurs mobilières	287
CONCLUSION (n ^o 370)	291
BIBLIOGRAPHIE	293
TABLE DES MATIERES	301

VU :

Le Président de thèse,

Montpellier, le 6 février 1959

H. CABRILLAC

VU :

Montpellier, le 7 février 1959

Le Doyen,

A. LEGOU

VU et PERMIS d'IMPRIMER :

Montpellier, le 10 février 1959

Le Recteur,

RICHARD

